

دكتور مصطفى الجمال

دكتوراه في القانون من جامعة باريس
جائزة أحسن الرسائل من جامعة باريس
مدرس القانون المدني بكلية الحقوق
بجامعتي الاسكندرية وبيروت العربية

نظام الملكية

في القانون اللبناني والمقارن

الجزء الاول

حق الملكية

المكتب الشرقي للنشر والتوزيع

ص ب ١٤٨٩ بيروت - لبنان

الناشر
المكتب الشرقى للنشر والتوزيع
ص.ب ١٤٨٦
بيروت — لبنان

إهداء ٢٠٠٦
المرحوم الدكتور / توفيق حسن فرج
الإسكندرية

دكتور مصطفى الجمال

دكتوراه في القانون من جامعة باريس
جائزة أحسن الرسائل من جامعة باريس
مدرس القانون المدني بكلية الحقوق
بجامعتي الاسكندرية وبيروت العربية

نظام الملكية

في القانون اللبناني والمقارن

الجزء الاول

حق الملكية

المكتب الشرقي للنشر والتوزيع

بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

تمهيد

١ — خلق الله ما في العالم من أشياء لاشباع حاجات الانسان (١) .
غير أن هذه الاشياء تقصر — بحالتها الطبيعية — عن تلبية حاجات البشر
في تعددها وتنوعها وتجدها . لذلك فقد وهب الله الانسان ادراكا يمكنه
من توجيه قواه الى تحويل هذه الاشياء واستنباط وانتاج الجديد منها
بما يلبي حاجاته المختلفة .

والانسان في سعيه اليومي للوصول الى ما يشبع حاجاته يعيش في
مجتمع ، فيتقيد بسعى سائر أفراده ويعتمد عليه في آن واحد .

اعتماد الانسان في اشباع حاجاته على ما يقع تحت ادراكه من أشياء ،
وعلى جهده وجهد أفراد المجتمع ، يقتضى وضع نظام قانونى لهذه الاشياء
يحدد موقف الفرد ازاء أفراد المجتمع منها ، تحديدا تتحقق به الكفاية في

(١) في هذا المعنى بحثا لـ G. Renard في موضوع « La pensée
« La propriété sociale » chrétienne sur وهو منشور في باريس
سنة ١٩٣٠ مع بحث آخر لـ L. Trotabas في كتاب يحمل عنوان :
« La fonction sociale de la propriété ».

مصطفى السباعي ، اشتراكية الاسلام ، الطبعة الثالثة ، ص ٨١ . وفي
هذا الصدد يذكر قوله تعالى « له ملك السماوات والارض » (سورة
الشورى ٤٩) وقوله « سخر لكم ما في الارض » (سورة الحج ٦٥) ،
« وسخر لكم ما في السموات » (سورة الجاثية) . ويقرر المؤلف أن هذا
المبدأ يؤدي الى غرضين : أنه ليس في الكون شيء يصعب على الانسان تناوله
اذا عمل عقله وعلمه ، وأن الناس جميعا متساوون في الاستفادة من خيرات
الارض والسماء .

الانتاج والعدالة في التوزيع • هذا النظام هو نظام الاموال بصفة عامة والملكية بصفة خاصة •

٢ — وأيا ما كان نظام الاموال أو الملكية فهو ، في جوهره ، تحديد لمدى اختصاص كل فرد من أفراد المجتمع بما يقع تحت سيطرته من قيم مالية ، ولمدى ما يلقي على عاتقه من أعباء وما يفرض عليه من قيود تتعلق بهذه السيطرة ويقتضيها صالح المجتمع • على أن نظام الاموال أو الملكية يختلف بعد ذلك في الزمان والمكان باختلاف الظروف التي تتم فيها عملية الانتاج والتوزيع في المجتمع • بعبارة أخرى فهو يختلف باختلاف الاسس التي يقوم عليها تنظيم المجتمع اقتصاديا واجتماعيا • لذلك فدراسة نظام الاموال أو الملكية تقتضي البصر أولا بجوهر النظام الاقتصادي والاجتماعي الذي يقوم فيه هذا النظام •

واذا ما تمثل المال في الاختصاص بشيء من الاشياء المادية ، سواء في كل منفعه أو مظاهره أو في بعضها ، فقد جرت لغة القانون على القول بأن لصاحب هذا المال حقا عينيا على هذا الشيء • فهو صاحب حق على الشيء الذي اختص بكل منفعه أو بعضها لانه يستأثر بها دون غيره • وهذا الحق عينى لانه يرد مباشرة على الشيء بحيث لا يحتاج صاحبه الى تدخل من جانب شخص آخر لاقتضاء مضمون حقه • غير أن فكرة الحق العينى ، وان كانت فكرة فنية بحتة ظهرت في مرحلة تاريخية معينة لتقديم صياغة قانونية منضبطة لنظام الاموال ، الا أن مضمونها ونطاقها — وربما وجودها — مرتبط ارتباطا وثيقا بالنظام الاقتصادي والاجتماعي الذي يقوم فيه هذا النظام ، بحيث يقتضى تطور هذا النظام اعادة مراجعة هذه الفكرة من حيث جدواها ومدلولها ومداها •

١ - الملكية في النظم الاقتصادية المختلفة

وضع المشكلة :

٣ - لا صعوبة في التسليم بأن ما يختص به الشخص من أشياء معدة للاستهلاك المباشر تعتبر مملوكة له ملكية خاصة لا يشركه فيها أحد ، أيا ما كان أساس التوزيع الذي يستند إليه هذا الاختصاص . ولكن الصعوبة تظهر اذا ما انتقلنا الى ميدان الأشياء المعدة للاستثمار واستتباط الجديد مما يصلح للاستهلاك . فالفصل في ملكية الأشياء المعدة للاستثمار يرتبط مباشرة بالاساس الذي يقوم عليه التوزيع في الجماعة لان ملكية هذه الأشياء تحدد بالضرورة مصير ما تنتجه الجماعة من أشياء معدة للاستهلاك .

فاذا سلمنا بإمكان اختصاص الأشخاص بالأشياء المعدة للاستثمار أو ما يعرف بأدوات الانتاج ، كانت مملوكة لهم ملكية خاصة يستقل صاحبها بتوجيه استثمارها والاستثمار بثمراتها ، وكان لهذه الملكية - مع تراكمها وازدياد دورها في عملية الانتاج - الدور الحاسم في عملية توزيع الناتج في الجماعة . واذا رفضنا هذا الاختصاص الفردي ، كانت هذه الأشياء مملوكة للمجتمع ككل بصورة أو بأخرى ، بحيث يكون لمجموع العاملين فيه سلطة توجيه استثمارها واقتسام ثمراتها كل حسب عمله أو حسب حاجته .

الملكية بين الرأسمالية والاشتراكية :

٤ - ويشهد العالم في العصر الحديث صراعا عنيفا بين النوعين من الملكية لم تتضح بعد نتائجه أو معالمه بصفة نهائية .

فقد تمخضت ظروف المجتمع الاوربي ـ ابتداء من القرن السادس عشر ـ عن قيام النظام الرأسمالى فى أعقاب النظام الاقطاعى ، على أساس الملكية الخاصة وحرية المبادرة الفردية • وساعد اقتران هذا النظام بازدهار التجارة وبزوغ الثورة الصناعية على نجاحه نجاحا أدى الى الايمان بأن الملكية الخاصة لوسائل الانتاج هى المحرك الاول لنشاط الفرد والضمان لحرية من ناحية ، والوسيلة لتحقيق مصلحة المجتمع باعتبارها مجموع مصالح أفراده من ناحية أخرى • ومن هنا كان رفع مبدأ الملكية الخاصة الى منزله « القانون الطبيعى » السابق فى وجوده على وجود المجتمع ذاته ، والقول بأن وظيفة المجتمع هى مجرد حماية ملكيات أفراده بقوانينه ، دون أن يكون من المتصور تدخله لتقييد هذه الملكيات أو الاستحواذ عليها (١) •

غير أنه بالرغم مما حققه نظام الملكية الفردية ، المدعم باطلاق حرية المبادرة ، من تقدم هائل — خاصة طوال القرن التاسع عشر — فان التطبيق العملى لهذا النظام ، فى ظل اقتصاد صناعى متطور يحتاج أكثر فأكثر الى تجميع القوى المادية والبشرية للقيام بالانتاج ، سرعان ما كشف عن خطورة اطلاقه • فقد أدى هذا النظام بالتدريج الى تركيز رؤوس الاموال فى أيد قليلة تمكنت من السيطرة على مجالات الحياة الاقتصادية الاساسية

(١) نجد بلورة تامة لهذه النظرة فى ميثاق حقوق الانسان الفرنسى ١٧٨٩ — ١٧٩١ . فقد نصت المادة ٢ من هذا الميثاق « على أن الحقوق الطبيعية هى « الحرية والملكية والامان ومقاومة الظلم » ، ونصت المادة ١٧ على أن « الملكية باعتبارها حقا مقدسا لا يجوز المساس به ، ولا يمكن حرمان الشخص منها الا اذا اقتضت ذلك الضرورة العامة المثبتة بالطريق القانونى وبشرط التعويض العادل عنها مقدما » (راجع فى تحليل هذه النصوص :

Mohamed Mehdi ElJaw, La règle morale dans le droit de la propriété foncière, Genève 1960, p. 61 et ss.)

وتوجيهها لخدمتها • وكانت نتيجة ذلك انقسام المجتمع الصناعى الى اقلية تملك وسائل الانتاج ، فتستحوذ على انتاج المجتمع كله دون جهد وتتمتع بالحرية المطلقة ، وأغلبية لا تملك وسائل الانتاج ، فتفقد ثمرة عملها وتنعدم حريتها الحقيقية في مواجهة الاغلبية المالكة •

وقد كان رد الفعل لذلك أن قامت الدراسات المختلفة التى تتضافر على مهاجمة نظام الملكية الفردية والدعوة الى نوع آخر من أنواع الملكية الجماعية ، بعضها يكشف عما أدى اليه هذا النظام فى ظل الاقتصاد الصناعى من أوجه الظلم ومن اهدار لمصلحة المجتمع ومن مصادرة للحرية ، مما يشكك فى القول بأن الملكية الفردية هى الضمان لحرية الانسان ، وبعضها يحاول أن يثبت أن الانسانية فى بدايتها الاولى كانت تعرف الملكية الجماعية بشكل أو بآخر أكثر مما تعرف الملكية الفردية ، مما يشكك فى القول بأن الملكية الفردية نظام تفرضه الطبيعة الانسانية (١) ، وبعضها يحاول الربط بين الدراسات السابقة واستخلاص قانون للتطور على نحو ما نعرفه فى المادية التاريخية (٢) •

٥ — وقد كان من شأن هذه التيارات الفكرية وما استندت اليه من

(١) تؤكد بعض الدراسات الاتنولوجية فى القرن التاسع عشر أن الانسان الاول كان يعيش على قطف الثمار وصيد الحيوان ، وبمرور الزمن أدرك ضرورة الاتحاد والعمل المشترك لمواجهة الطبيعة مما أدى الى نوع من الملكية المشتركة ، ثم عرف الرعى والزراعة مما سمح له بتكوين فائض عرف معه لأول مرة تراكم الثروة فنشأت الملكية الفردية •

ولكن الدراسات التى أجريت حديثا على الجماعات البدائية تشير الى تباين صور الاختصاص بالاموال فى هذه الجماعات الى درجة يصعب معها ادخالها فى القوالب القانونية التى تعرفها مجتمعاتنا المتقدمة (راجع فى هذا الصدد : كتابنا نظام الملكية ، ص ١١ ، هامش ٢

(٢) راجع كتابنا نظام الملكية ، ص ١١ •

واقع المجتمع الصناعى أن شهد نظام الملكية — على النطاق العالمى —
تطوراً شاملاً •

وقد استعلن هذا التطوير أولاً فى التضييق المستمر من مضمون الملكية
الفردية وفتح بابها أمام المعدمين • فقد تركز تبرير هذه الملكية فيما
تحقق من نفع اجتماعى ، وغدا من المسلم الاعتراف بدور المجتمع — ممثلاً
فى القانون — فى الحد من سيادة المالك على ملكه تحقيقاً للصالح العام ،
عن طريق ما يضعه من قيود على مباشرته لسلطاته من ناحية ، ورسم
سياسة تمكن من توسيع قاعدة الملكية الخاصة ، كما هو الحال فى توزيع
الأراضى على صغار الزارع وفى تمليك المساكن ، من ناحية أخرى ، حتى
نادى البعض بأن الملكية أصبحت وظيفة اجتماعية (١) •

واستعلن هذا التطوير ثانياً فى تحويل الملكية الخاصة الى ملكية عامة •
فقد أفسحت الدول التى لا زالت تأخذ بالنظم الرأسمالية مكاناً بارزاً
للملكية العامة الى جانب الملكية الخاصة ، عن طريق التأميم ، حتى لم يعد
بلد رأسمالى واحد لا يوجد فيه قطاع عام • أما الدول التى تحولت الى
النظام الاشتراكى فقد قصرت الملكية الخاصة على نطاق ضيق لا يسمح
بالتفاوت بين مراكز الأفراد الاجتماعية ، ولا يخل بمبدأ اتخاذ العمل معياراً
للتوزيع • ووصل بعضها الى حد إلغاء الملكية الخاصة لوسائل الانتاج •

الملكية فى النظام اللبنانى والمصرى :

٦ — أما لبنان ومصر فقد عرفتاً نظام الملكية الفردية بمعناه الذى يستند

(١) فى الوظيفة الاجتماعية للملكية وتطورها راجع : السنهورى ،
الوسيط ، ج ٨ (حق الملكية) ، بند ١٩١ وما بعده .

G. Renard et L. Troabas, op. cit.; K. Katzarov, Théorie de la
nationalisation, p. 168 et ss.

الى المذهب الفردى عند استلهاهما لا نظمتهما القانونية الحديثة من التشريع
الفرنسى • فقد انتقلت اليهما نظرية الملكية الفردية كحق مطلق يسنده ويستند
به مبدأ حرية المبادرة (١) •

ولكن استيراد لبنان ومصر لقوانينهما من الخارج ، قد وصل بينهما وبين
ما يجرى فى العالم الحديث ن تغيرات اقتصادية وفكرية مختلفة أولا بأول •
وقد كان من نتيجة ذلك أن تسلت التيارات الاجتماعية السابق الاشارة اليها
— فى صورتها المعتدلة — اليهما •

فقد عنى قانون الوجبات والعقود اللبنانى (م ١٢٤) و التقنين المدنى
المصرى (م ٥) ، بارساء مبدأ عدم التعسف فى استعمال الحقوق بما فيها
حق الملكية ، كما عنيا بوضع القيود الاساسية على سلطات المالك ضمانا
لتوجيهها الوجهة التى تحقق صالح المجتمع •

(١) كانت لبنان ومصر منذ دخولهما فى الاسلام حتى دخول القوانين
الاجنبية فيهما ، تخضعان للتشريع الاسلامى • ولا شك أن هذا التشريع
يقر الملكية الفردية ويجعل لها حماية وحرمة • غير أن الملكية الفردية التى
أقرها التشريع الاسلامى تختلف اختلافا واضحا عن الملكية الفردية كما
يصورها المذهب الفردى كحق طبيعى مطلق مقدس •

فالملكية الفردية فى الاسلام لا تتمتع بالحماية والحرمة ما لم تكن
تكن مستمدة من سبب مشروع يرجع فى النهاية الى العمل الشريف (عن
طريق مباشر أو غير مباشر) ، ويبعد عن الاستغلال والاحتكار • والملكية
الفردية فى الاسلام ليست حقا طبيعيا مطلقا وانما هى استخلاف من الله
عز وجل « مالك الملك » والذى له « ملك السموات والأرض » فتتقيد بما
يضعه من حدود ، سواء ما تعلق منها بعدم الاضرار بالغير أو باخراج
الزكاة والنفقات الواجبة (راجع فى ذلك مصطفى السباعى ، المرجع
السابق ، خاصة ص ٨٣ وما بعدها) • وقد حدا هذا التصوير للملكية
الفردية فى الاسلام البعض الى القول بأن الاسلام قد عرف أول تطبيق عملى
للاشتركية (استاذنا الدكتور على البارودى ، فى الاشتراكية العربية ،
١٩٦٧ ، بند ٢٦ وما بعده) •

وفي لبنان ، ما زالت الملكية الخاصة هي الاساس في النظام الاقتصادي والقانوني . أما في مصر فقد جاءت ثورة يوليو ١٩٥٢ فكانت ثورة اشتراكية الاتجاه . وقد عبرت عن ذلك في ثلاثة من مبادئها الستة الشهيرة (القضاء على الاقطاع — القضاء على الاحتكار وسيطرة رأس المال على الحكم — اقامة عدالة اجتماعية) . وتطبيقا لذلك صدر قانون الاصلاح الزراعي فوضع حدا أقصى للملكية الارض الزراعية ، ورسم السبيل الى توسيع قاعدتها باتاحة الفرصة للاجراء لكي يصبحوا ملاكا عن طريق توزيع الاراضي التي يستولى عليها من كبار الملاك والاراضي المستصلحة والتي يتم استصلاحها عليهم .

غير أنه سرعان ما تبين أن تحمل عبء الدولة الحديثة — التي يجب أن تكفل لكل فرد في المجتمع حاجاته الأساسية — يقتضي الوصول الى أكبر قدر مستطاع من الكفاية في الانتاج ومن العدالة في توزيعه على أفراد المجتمع ، كما تبين أن تحقيق هذين الهدفين في بلد متخلف كمصر تنقصه رؤوس الاموال وروح اقدام على المشروعات الأساسية التي لا تدر ربحا عاجلا ، يتطلب تطبيق الملكية الجماعية لوسائل الانتاج الى الدرجة التي تحقق سيطرة الدولة على الانتاج القومي ، حتى تستطيع تنمية وتوزيع هذا الانتاج وفق تخطيط علمي على مستوى المجتمع بأسره . لذلك فقد قامت القوانين المتعاقبة في مصر — خاصة قوانين يوليو سنة ١٩٦١ — بتأميم الجانب الأكبر من قطاع الصناعة والتجارة ، فتحول بذلك جانب كبير من الاقتصاد المصري الى الملكية الجماعية . وبذلك صار هذا الاقتصاد موزعا بين الملكية الخاصة (القطاع الخاص) والملكية العامة أو الاشتراكية (القطاع العام) .

٢ - الملكية بين الحق العيني والوظيفة الاجتماعية

(الأداة الفنية لصياغة نظام الاموال)

التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي :

٧ - يمثل ما أثار تطور النظام الاقتصادي والاجتماعي الشك حول الملكية في ذاتها ، فقد أثار هذا التطور الشك حول الاداة القانونية لصياغة نظام الاموال . فقد جرى القول بأن الشخص اذا ما اختص بشيء من الاشياء في كل منفعه ومظاهره أو في بعضها فان هذا الشخص يكون له حق عيني على هذا الشيء . والاصل أن يكون هذا الاختصاص شاملا لكل ما يمكن أن يمثله الشيء من منافع ومظاهر ، وهي الاستعمال والاستثمار والتصرف ، فيكون الحق العيني حق ملكية . عى أنه استثناء من ذلك قد تقتطع بعض منافع الشيء أو مظاهره من المالك ويختص بها شخص آخر فيكون الحق المخول لهذا الشخص حقا متفرعا عن الملكية ، كما هو الحال في الحق المسمى في القانون اللبناني بحق التصرف ، وفي حقوق الانتفاع والاستعمال والسكنى والارتفاق .

وهذا الحق الذي يرد على الشيء هو حق عيني من حيث أنه يرد على الشيء مباشرة ، فلا يحتاج صاحبه الى تدخل من شخص آخر للحصول على ما يمثله حقه من منافع الشيء أو مظاهره ، ولا يستطيع أحد مزاحمته في هذه المنافع أو المظاهر ، خلافا لحق الدائنية الذي يتمثل في رابطة بين شخصين بمقتضاها يكون لاحدهما ، وهو الدائن ، مطالبة الآخر ، وهو المدين ، بأداء معين لا يستطيع أن يصل اليه الا عن طريقه ، ويكون في مركز مساو لكل دائن آخر يكون له حق دائنية قبل نفس المدين . فالقصد من اضافة صفة العينية على الحق الذي يرد على الشيء ، فيخول صاحبه

الاختصاص بكل منفعه ومظاهره أو بعضها ، هو التعبير عن سلطتين يقتضيها هذا الاختصاص :

(أ) امكن تتبع هذا الشيء الذى اختص به الانسان اذا ما انتقل الى غيره ، وسواء كان لهذا غير حق آخر على الشيء أو كانت سيطرته عليه مجرد سيطرة فعلية ، لاقتضاء المنافع أو مباشرة المظاهر التى اختص بها فى هذا الشيء ، وهو ما يعرف عادة بسلطة التتبع ، وهى سلطة لا تتوافر فى حق الدائنية الذى لا يرد على شيء وانما على ذمة المدين . فطالما كان الشيء موجودا والحق العينى قائما كان لصاحب الحق أن يباشر سلطته عليه وأن يسترده ممن يحوزه أيا كان .

(ب) الاستئثار بالمنافع والمظاهر التى اختص بها الشخص على الشيء دون مزاحمة . فاختصاص الشخص بهذه المنافع والمظاهر يفترض منع الغير منها ، وهو ما يعرف عادة بسلطة الافضلية ، وهى سلطة لا تتوافر أيضا فى حق الدائنية حيث يشترك جميع دائنى المدين بهذا الحق فى ذمته على قدم المساواة (١) .

(١) اذا كان هذا هو معيار التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى ، فإن هناك نوعا من المراكز القانونية يتمثل فى تأمين يعطى لصاحب حق الدائنية على شيء معين ضمانا للوفاء به كالرهن والامتياز . ومثل هذا النوع من المراكز يخول صاحبه سلطة اقتضاء حقه من الشيء المخصص لضمان الوفاء به فى أى يد يكون ، فيماثل بذلك الحقوق العينية سالف الذكر فى أنه يرد مباشرة على شيء معين ، وأن كان يختلف عنها فى أنه لا يخول صاحبه سلطة الانتفاع المباشر بالشيء وانما مجرد سلطة اقتضاء حقه من المقابل النقدى لهذا الشيء . لهذا فقد اصطلح على اعتبار هذا النوع من المراكز القانونية من قبيل الحقوق العينية والتميز بينها وبين النوع الاول من الحقوق العينية التى تخول سلطات مباشرة فى الانتفاع بالشيء عن طريق وصفها « بالتبعية » ووصف النوع الاول « بالاصلية » .

وقد عرض المشرع اللبناني للحقوق العينية في قانون الملكية العقارية الصادر بالقرار رقم ٣٣٣٩ في ٢ تشرين الثاني سنة ١٩٣٠ ، وان كان هذا القانون يقتصر على تنظيم الحقوق العينية العقارية دون الحقوق العينية المنقولة ، وعرض للحقوق الشخصية في قانون الموجبات والعقود الصادر في ٩ آذار سنة ١٩٩٣٢ . أما المشرع المصري فقد نهج منهج الغالبية العظمى من القوانين فجمع بين الحقوق العينية والشخصية في القانون المدني .

انكار فكرة الحق والرد عليه :

٨ — غير أن هذه الصياغة الفنية لنظام الاموال بصفة عامة ، وللملكية بصفة خاصة ، قد تعرضت للنقد في شقيها .

فقد سبق أن رأينا التيار الفكري الذي بدأ يتغلب على الملكية الفردية ابتداء من نهاية القرن التاسع عشر ، فيحد من اطلاقها ويخفف من طغيانها، بما يطوعها لمقتضيات الحياة الاجتماعية ، عن طريق ما يضعه من قيود على ممارسة سلطاتها . ولقد حاول البعض أن يعبر عن هذا التيار في صعيد الفكر القانوني النظري ، فقال ان الملكية لم تعد حقا بالمعنى الدقيق ، اذ الحق يفترض صفة الاطلاق ، وانما مجرد « وظيفة اجتماعية » . فاذا كان كل فرد في المجتمع له دور عليه أن يؤديه ، فالمالك كذلك له دوره باعتباره حائزا لجزء من أموال المجتمع ويجب عليه أن يؤديه . وتشمل وظيفة الملكية عنصرين هما واجب المسالك وسلطته في استعمال ملكه للوفاء بحاجاته ، وواجبه وسلطته في استعمال هذا الملك للوفاء بحاجات المجتمع (١) .

(١) E. Duguit, Les transformations du droit privé depuis le code Napoléon, 1912, p. 219; R. Savatier, Du droit civil au droit public, p. 8.

وانظر محمد على عرفه ، حق الملكية ، ج ١ ، بند ١٥ .

والواقع أن انكار وصف الحق على الملكية إنما يرجع الى الخلط بين فكرة الحق في ذاتها كأداة فنية للصياغة ، وبين المضمون الفردى المطلق الذى كان يعطى لهذه الفكرة في مرحلة تاريخية معينة تحت تأثير المذهب الفردى . ففى ظل هذا الخلط كان الحق يعتبر ميزة للشخص منظورا اليه خارج كل حياة اجتماعية منظمة . ولكن اذا أمكن تجريد فكرة الحق من هذا المضمون الفردى المطلق والاحتفاظ بها كأداة للصياغة الفنية يمكن أن تستوعب مضمونا اجتماعيا كما تستوعب مضمونا فرديا ، فانها تظل صالحة لصياغة فكرة الملكية حتى فى ظل النظم الاجتماعية . فالملكية فى النظم القانونية القائمة على المذهب الاجتماعى يمكن أن تعتبر حقا بالمعنى الدقيق وأن كان هذا الحق يأخذ مضمونا جديدا يختلف عن مضمون حق الملكية فى النظم القائمة على المذهب الفردى ، بما يوضع من قيود على حرية المالك فى الاستفادة من ملكه تحقيقا للوظيفة الاجتماعية للملكية (١) .

(١) راجع فى هذا الموضوع رسالتنا «L'adaptation du contrat aux circonstances économiques», Paris, 1967, No. 14; Carbonier, Droit civil, T. I, p. 136.

ومهما يكن من أمر فالمالك يباشر سلطاته لحسابه ولتحقيق مصلحته الشخصية وإن كانت مصلحة المجتمع تتحقق نتيجة لذلك بطريق غير مباشر. ولذلك فيمكن القول أن للملكية وظيفة اجتماعية — وهى فى ذلك لا تختلف عن سائر الحقوق — دون أن يتضمن ذلك انكارا لفكرة الحق ذاتها (منصوص مصطفى منصور ، حق الملكية فى القانون المدنى المصرى ، ١٩٦٥ ، ص ١٥١ و١٥٢ . وقارن Mohammad Mehdi Eljam, op. cit., p. 54 et ss. وينبه على البارودى (فى سبيل نظام قانونى موحد للمشروع التجارى العام، بند ١٤٤) الى أن « التعبير الشائع الذى يرى أن حق الملكية قد أصبح « وظيفة اجتماعية » لا يتميز بالدقة . « فالوظيفة الاجتماعية » لا يمكن أن تكون وظيفة حق الملكية بل هى وظيفة المالك نفسه باعتباره عضوا عاملا فى الجماعة قبل أن يكون مالكا » .

نقد التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي :

٩ - وإذا كانت فكرة الحق في ذاتها بما زالت صالحة لصياغة نظام الاموال في ظل المذهب الاجتماعي ، فهل مازال من المناسب وصف هذا الحق « بالعينية » تمييزا له عما يسمى بالحق الشخصي أو حق الدائنية ؟

من الواضح أن فكرة الحق العيني مستمدة من النظر الى الاشياء المادية التي تتمثل في عين من الاعيان . ففي حدود هذا النظر وحده يمكن التمييز بين الحق العيني وبين حق الدائنية الذي يرد على « الذمة » . غير أن التطور الاقتصادي الحديث قد كشف عن أشياء جديدة غير مادية ، لا تتمثل في عين من الاعيان وانما تتمثل في مجرد قيمة معينة ، ومع ذلك تخضع لنظم مشابهة لنظم الاشياء المادية في رهنها وتقرير الانتفاع بها ، كما هو الامر في المحل التجاري والمؤلف والاختراع ، باعتبارها أشياء معنوية لا تتمثل في كيان مادي معين . ومن ناحية أخرى كشف التطور الاقتصادي عن حقوق دائنية جديدة ترد على « الذمة » ومع ذلك فهي تتمثل في كيان مادي معين ، كما هو الحال في الاوراق المالية كالاسهم والسندات ^(١) . وقد ترتب على هذا التطور بشقيه أن ضاع الحد الفاصل بين الحق العيني والحق الشخصي ، أو بعبارة أخرى وجدت مجموعة من المراكز ليس من اليسير القول بضمها لهذا النوع أو ذاك من الحقوق ^(٢) .

(١) Marty et Raynaud, Droit civil, T. II, 1960, No. 3

(٢) وقد تحققت هذه الظاهرة في أجلى صورها فيما يتعلق بالنقود . فالنقود لم تعد الآن تتمثل كما كانت من قبل في وزن معين من المعدن ، وانما في مجرد أداة معينة للدفع ، كالليرة أو الجنيه ، وتستمد قيمتها من العوامل النفسية والاجتماعية والاقتصادية التي تحدد قوتها الشرائية . وعلى ذلك يمكن النظر الى النقود كحق عيني يرد على « الورقة النقدية » وكحق دائنية يتمثل في قيمتها (راجع في تحليل النظام النقدي من الناحية القانونية الفصل الاول في الباب الاول من القسم الاول في رسالتنا سالفة الذكر) .

ولعل هذا التطور هو الذي يفسر المحاولات المختلفة لهدم التفرقة بين الحق العيني وحق الدائنية . فقد ذهب البعض الى القول بأن الحق العيني ليس الا نوعا من الحق الشخصي يكون الدائن فيه هو صاحب الحق والمدين هو سائر الناس اذ يلتزمون بالامتناع عن التعرض لصاحب الحق في تمتعه بحقه ^(١) . ولكن هذه المحاولة لم يكتب لها النجاح . فقد تبين الفقه في الحق الشخصي وجود مثل هذا الالتزام قبل الكافة بالامتناع عن التعرض ، الى جانب الالتزام المحدد الواقع على عاتق المدين بهذا الحق قبل الدائن به والذي لا مثيل له في الحق العيني ^(٢) .

كذلك ذهب البعض الاخر الى القول بأن حق الدائنية ليس ألا نوعا من الحق العيني يرد لا على مال معين بالذات وانما على مجموع الاموال الموجود في ذمة المدين ^(٣) . ولكن هذه المحاولة لم تفلح بدورها في طمس معالم التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي . فهي تغفل وجود علاقة المديونية بين الدائن والمدين في الحق الشخصي ، تلك العلاقة التي تميزه عن الحق العيني ^(٤) .

(١) في عرض هذه المحاولة :

Planiol et Ripert, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. III, 2ème éd., No. 37 et s.; Marty et Raynaud, *op. cit.*, No. 304

(٢) في نقد هذه المحاولة راجع حسن كيرة ، الحقوق العينية الاصلية ، ١٩٦٥ ، بند ١٤ ، دروس في الحقوق العينية الاصلية في القانون المدني اللبناني المقارن ، بيروت ١٩٦٨ ، ص ٢٤ وما بعدها .

(٣) في عرض هذه المحاولة :

Marty et Raynaud, *idem*; R. Saleilles, *Théorie générale de l'obligation*, 1925, No. 7 et ss., notamment No. 82; Carbonnier, *op. cit.*, p. 39.

(٤) في تقييم هذه المحاولة راجع اسماعيل غنم ، في النظرية العامة للالتزام ، ١٩٦١ ، بند ٩ .

١٠ - على أن الجديد في الامر هو محاولة الاستفادة مما أسفرت عنه المحاولات السابقة من ايضاح وتحديد لفكرة الحق العيني وفكرة الحق الشخصى في تقديم تقسيم جديد للحقوق يتفادى الصعوبات السابقة . هذه المحاولة تقوم على أساس التفرقة بين حق الملكية وبين كل من الحق الشخصى والحق العينى ^(١) .

فالملكية تتسع لتشمل كل قيمة مالية سواء تمثلت هذه القيمة في شيء من الاشياء أو في مجرد حق من الحقوق الشخصية أو العينية (غير الملكية بالطبع) . ففكرة الملكية تعبر عن علاقة التبعية بين شخص معين وبين شيء أو حق منظورا اليه في ذاته، ويقابلها ويفسرهما في آن واحد الواجب السلبي العام المفروض على الكافة بعدم التعرض لصاحب الحق ، والذي سبق اكتشافه في جميع الحقوق (عينية كانت أم شخصية) . وبذلك لا تكون هناك غرابة فيما نعرفه من اماكن الدائن رهن الدين أو تقرير انتفاع عليه ، تلك السلطة التي يتمتع بها المالك أساسا .

أما الحق الشخصى فهو الدين اذا ما نظر اليه لا في ذاته وانما من خلال المدين به ، ويقابله ويفسره وجود التزام محدد على عاتق المدين يتميز عن الالتزام السلبي العام الواقع على الكافة ^(٢) .

(١) في عرض هذه المحاولة والدفاع عنها :

G. Ginossar, Droit réel, propriété et créance, Paris 1960, Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel, R. T.D.C., 1962, p. 573 et ss.

(٢) فعلاقة الدائنية تحتوى في الواقع على حقين : حق ملكية اذا ما نظر اليها كقيمة مالية ، وحق شخصى اذا ما نظر اليها من خلال الطرف السلبي فيها . آية ذلك اجتماع الواجب السلبي العام الواقع على الكافة مع الالتزام المحدد على عاتق المدين في هذه العلاقة .

أما الحقوق العينية فهي الحقوق المقررة للشخص معين على ملك الغير (وهي الحقوق العينية المعروفة عدا الملكية) • وهذه الحقوق تماثل الحقوق الشخصية في وجود التزام فيها ومدين بها يقابل الالتزام والمدين في الحق الشخصي ، وهو الالتزام الذي يقع على عاتق صاحب الشيء المحمل بالحق العيني • وبذلك يكون الحق العيني مشابها للحق الشخصي من حيث أن كلا منهما يعتبر علاقة بين شخصين تفرض التزاما على عاتق أحدهما لصالح الآخر • ولكن الحق العيني يتميز عن الحق الشخصي ، في أن الالتزام الموجود فيه هو « التزام عيني » يرتبط بالشيء الذي يمارس عليه الحق ، وفي أن المدين به بالتالي غير معين اذ هو كل من يملك الشيء المحمل بالحق ومن وقت تملكه لهذا الشيء •

على هذا النحو يتفادى التقسيم الجديد للحقوق المالية الصعوبات الناشئة عن تكييف المراكز الجديدة التي كشف عنها التطور ، عن طريق التسليم بأنها تتضمن حق ملكية بجانب ما قد يتضمنه بعضها من حق شخصي • ولكن يبقى بعد ذلك أن نلاحظ أن هذه المحاولة لا تتعدى في نتائجها جعل فكرة الملكية مرادفة لفكرة « الحق المانع » دون أن تلغى النتائج المعروفة للتقسيم الثنائي للحقوق المالية^(١) • فاذا كانت فكرة الملكية ترادف فكرة الحق ، فانه يبقى بعد ذلك أن هذه الملكية قد ترد على شيء مادي وقد ترد على شيء في الذمة • وهذا الاختلاف في المحل تنبعث منه الفروق المعروفة بين الحق العيني والحق الشخصي بمعناها التقليدية •

والجدير بالذكر أن هذا التصوير للملكية يقترب من التصوير الذي

(١) في نقد هذا التقسيم الثلاثي للحقوق راجع :

Dabin, Une nouvelle définition du droit réel, R.T.D.C., 1962, p. 20 - 44.

يأخذ به الفقه الاسلامي . فتعريفات الفقهاء للملك تؤول في النهاية الى علاقة أقرها الشارع بين الانسان والمال تجعله مختصا به وتجزئ له التصرف فيه . والمال لديهم يشمل الاشياء المادية كما يشمل الاشياء غير المادية من منافع وحقوق . ففكرة الملكية لديهم تمتد الى ملكية « العين » و ملكية « الدين » . والفقهاء حينما يعرضون لانواع الملك يميزون بين الملك التام والملك الناقص . فالملك التام هو ما ثبت لذات الشيء ومنفعته معا بحيث يثبت معه للمالك فيهما جميع الحقوق المشروعة . والملك الناقص هو ما ثبت لواحد منهما فقط ، وهو نوعان : ملك الرقبة وحدها ، وملك المنفعة وحدها . وملك المنفعة اما أن يثبت للشخص فيقابل ما يعرف لدينا بحق الانتفاع ، واما أن يثبت للعين فيقابل ما يعرف لدينا بحق الارتفاق^(١) .

الشخص المعترى محل للملكية :

١١ — واذا كانت فكرة الملكية تتسع ، على النحو السابق ، لكل قيمة مالية ، سواء تمثلت هذه القيمة في شيء من الاشياء أو في حق من الحقوق العينية أو الشخصية ، فانه يصح التساؤل عما اذا كانت فكرة الملكية تتسع كذلك للأشخاص اذا ما كان الشخص يعبر هو الآخر عن قيمة مالية دون أن تتصل به قيمة انسانية .

واذا كانت اثاره مثل هذا التساؤل تبدو غريبة كل الغرابة أمام الفقه ، الذي درج على القول بأن الملكية لا يمكن أن ترد الا على الاشياء والاشياء المادية بالذات ، فان هذه الغرابة تخف حدتها بلا شك اذا ما تذكرنا أن الانظمة القانونية القديمة التي كانت تعرف نظام الرق كانت تجعل من

(١) راجع في كل ذلك محمد مصطفى شلبي ، المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه ، ١٣٨٥ هـ — ١٩٦٦ م ، ص ٣١٨ وما بعدها . راجع ايضا القواعد للحافظ أبي فرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي ، الطبعة الاولى ١٣٥٢ هـ — ١٩٢٣ م ، خاصة القاعدة السادسة والثمانون ص ١٢٥ وما بعدها .

الرقيق — بالرغم من أنه إنسان كالإنسان الحر سواء بسواء — محلاً للملكية كالأشياء المادية • وإذا لم يكن الرقيق يتمتع بالشخصية القانونية في قانون كالقانون الروماني ، وإنما كان ينظر إليه كشيء من الأشياء مما يحول دون التسليم بإمكان تملك شخص لشخص آخر ، فإن الرقيق كان يتمتع في ظل الشريعة الإسلامية بالشخصية القانونية دون أن يحول ذلك دون ورود الملكية عليه •

وإذا كان الرق لم يعد قائماً الآن بحيث لا نستطيع أن نتكلم عن ملكية إنسان لإنسان آخر ، فإن التطور الحديث قد كشف عن أشخاص قانونية جديدة لا تتمثل في إنسان طبيعي وإنما في مجرد تجمع للأشخاص الطبيعية أو للأموال حول غرض معين يضاف عليه المشرع الشخصية القانونية اعتباراً ، تمكيناً له من اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات اللازمة لتحقيق الهدف الذي أنشئ من أجله ، كالجمعيات والشركات المختلفة • وفي قمة هذه الأشخاص القانونية الاعتبارية ، نجد الدولة ذاتها — والأشخاص العامة الأخرى — باعتبارها التشخيص القانوني للامة أو الشعب أو المجتمع • ووجود مثل هذه الأشخاص المعنوية لا شك يطرح للبحث مشكلة العلاقة بينها وبين الأشخاص الطبيعيين الذين يقومون بتكوينها ، وما إذا كانت هذه العلاقة هي علاقة ملكية ، على الأقل إذا ما كانت هذه الأشخاص المعنوية تقوم على تحقيق غرض مالي •

فإذا قام مجموع من الأفراد بتكوين شركة مثلاً عن طريق مساهمة كل منهم بحصة في رأسمالها ، فإن الحصة تخرج عن ملكية الشركاء وتعتبر من هذا الوقت مملوكة للشركة باعتبارها شخصاً معنوياً ، في مقابل حق الشريك في نصيب مقابل من الأرباح التي يحتمل أن تحققها ، مما يثير التساؤل عن جوهر علاقة هؤلاء الشركاء بالشخص المعنوي الذي قاموا

بأنشائه وهو الشركة • ولما كانت الاشياء المستثمرة في الشركة والتي تعتبر الارباح ثمارا لها تعتبر مملوكة للشركة ذاتها كشخص معنوى وليس للشركاء ، فانه لا مناص من التسليم بمملوكية الشركة كشخص معنوى للشركاء • فالشركاء يقومون بتوجيه نشاط الشركة ، ويحصلون على أرباحها ويتحملون خسائرها ، ويتحكمون في وجودها ، على نحو تبدو معه هذه المكتات المختلفة مقابلا لسلطات المالك المعروفة في الاستعمال والاستثمار والتصرف • وهذه المكتات المختلفة التي تثبت لكل من الشركاء لا يمكن تفسيرها الا على أساس أن كلا من الشركاء وان كان قد نقل الى الشركة ملكية الحصة التي تخصه في رأسمالها الا أنه في مقابل ذلك يصبح مالكا لحصة مقابلة لها في الشركة ذاتها كشخص معنوى ، بحيث تكون الشركة مملوكة لجميع الشركاء على الشيوع • ولعل هذا التحليل يفسر كيف أن قواعد ادارة الشركات وحلها تماثل في جوهرها قواعد ادارة الشيء المملوك على سبيل الشيوع والتصرف فيه •

على هذا النحو يمكن القول بأن الشخص الطبيعي يخلق الشخص المعنوى فيكون مملوكا له ، ثم يدفع اليه بأمواله ليقوم باستثمارها فيما يخصه له من أغراض ، تحت اشرافه ، فاذا ما حقق الشخص المعنوى ثمرة من ذلك كانت مملوكة له من الناحية القانونية ولكنها تعود الى الشخص الطبيعي في النهاية باعتباره مالكا للشخص المعنوى ذاته • ولعل هذا القول يذكرنا بما كان يسمح به القانون الرومانى والشرعية الاسلامية من ترك السيد بعض أمواله لرقيقه يستثمره ، فتكون ثمرته له دون هذا الأخير •

أكثر من ذلك فان الشركات — وخصوصا المساهمة منها — تتجه في العصر الحديث الى التجمع في مجموعات كبيرة تضم كل مجموعة منها

عدة شركات يسيطر بعضها على بعض مع احتفاظ كل منها بشخصيتها القانونية المستقلة ، على نحو يتيح للشركة التي تكون في قمة المجموعة القيام بأنواع متعددة من النشاط التجارى والصناعى عن طريق الشركات التي تسيطر عليها . ويتم تكوين هذه المجموعات عن طريق قيام الشركة الام بخلق الشركات الفرعية أو شرائها لاسهمها (١) . وفى هذه الحالة أيضا تكون أموال الشركات الفرعية مملوكة لها ، ولكن الشركة الام تقوم بتوجيه نشاط هذه الشركات والحصول على ناتج استثمارها والتحكم فى وجودها ، على نحو لا يمكن تفسيره الا بالقول بمملوكية الشركات الفرعية للشركة الام (٢) .

خلاصة القول أنه كما سلمنا بمملوكية الحق فلا بد أن نسلم كذلك بمملوكية الشخص المعنوى بالرغم من تمتعه بالشخصية القانونية ، على

(١) Michel Vanhaeche, Les groupes de sociétés, Paris 1959; Succursales et Filiales dans le Marché Commun (Problèmes juridiques et fiscaux), Etudes réalisées sous l'égide de l'Association Européenne d'Etudes Juridiques et Fiscales, Paris 1963.

(٢) يحلل الفقه هذه الظاهرة الى عنصرين أساسيين ، العنصر الاول هو الشخصية المعنوية التي تتمتع بها الشركات الفرعية بجانب شخصية الشركة الام ، والعنصر الثانى هو الرقابة والاشراف التي تمارسها الشركات الام على الشركات الفرعية من الناحية المالية والادارية والذي تخوله لها مساهمتها فى هذه الشركات (انظر فى هذا الشأن القسم الاول من مؤلف Michel Vanhaeche السابق الإشارة اليه) .

ويبدو لنا ان فكرة الرقابة والاشراف المستند الى المساهمة تقصر عن اجلاء طبيعة العلاقة بين الشركة الام والشركات المتفرعة عنها . فهذه الرقابة وهذا الاشراف مازالا فى حاجة الى أساس يستندان اليه ، وهذه المساهمة مازالت فى حاجة الى التكييف .

وفى نظرنا أن أساس الرقابة والاشراف هو ملكية الشركة الام للشركات الفرعية كأشخاص معنوية ، وأن المساهمة لا يترتب عليها ملكية الشركة الام لأموال الشركات الفرعية التي تساهم بها فيها وانما ملكية حصة فى هذه الشركات ذاتها كأشخاص معنوية بقدر يقابل هذه المساهمة .

الاقل كلما كان هذا الشخص يتمثل في قيمة مالية معينة ، وكانت الشخصية القانونية مجرد وسيلة لاستثمار هذه القيمة على نحو أكمل دون أن تعبر عن قيمة انسانية كما يعبر الشخص الطبيعي . والقول بمملوكية الشخص المعنوي على هذا النحو وسيلة من وسائل الصياغة القانونية اقتضتها الاعتبارات الاقتصادية والقانونية التي تتمثل في ضرورة خلق شخص قانوني يقوم بعملية الانتاج ويمارس سلطة الملكية على أدواته على سبيل الاستقلال ، في الوقت الذي يكون فيه من اختصاص شخص آخر يستأثر به فيكون خاضعا لتسلطه المانع في وجوده وفي منفعة .

ويلاحظ أن انتهاء الشخص المعنوي محل الملكية يترتب عليه نفى التدرج السابق في الملكية ، فتعود الاشياء التي كانت مملوكة لهذا الشخص الى ملكية الشخص الذي أنشأه بعد أن زالت الوساطة بينه وبينها .

هل يمكن ابتداء حقوق عينية غير التي نص عليها القانون :

١٢ — اذا كان حق الملكية والحقوق العينية ما زالت الاداة القانونية للتعبير عن مدى اختصاص الاشخاص بالاموال فقد قامت المادة العاشرة من قانون الملكية العقارية اللبناني بتعداد الحقوق العينية التي يمكن أن تجرى على العقارات . ويبدو من هذا التعداد أن الحقوق العينية التي ذكرها المشرع تستغرق كل الفروض المتصورة للاختصاص بالاشياء سواء كان شاملا لكل هذه المنافع أو لبعضها فقط ، بحيث لا يتصور وجود حقوق عينية أخرى على الشيء . أما في مصر وفرنسا فقد ناقش الفقه امكانية قيام الافراد بانشاء حقوق عينية جديدة لم ينص عليها المشرع . فقال البعض بجواز الاتفاق على انشاء حقوق عينية جديدة لم ينص عليها القانون ، وضربوا مثلا لذلك حالة التزام مالك سطح الارض بعدم مطالبة مستثمر المنجم بالتعويض عن الاضرار المترتبة على هذا الاستثمار ، وحالة التزام مشتري

المحل التجارى بالامتناع عن ممارسة بعض أوجه النشاط التى يحتفظ بها البائع لنفسه ، فقالوا بوجود حق عيني فى هذه الحالات لصالح مستثمر المنجم أو بائع المحل التجارى يرتبط بالأرض أو المحل التجارى ولا يزول ببيع أى منهما الى مشتر جديد ^(١) . ولكن أغلبية الفقه تذهب الى أن الحقوق العينية قد وردت فى القانون على سبيل الحصر بحيث لا يجوز للأفراد ابتداع حقوق جديدة غير تلك التى نص عليها القانون ، تأسيسا على أن الحق العيني من حيث أنه يخول صاحبه سلطة التسلط المباشر على الشئ فى حدود مضمون حقه ، فهو حق مطلق يجب على الناس احترامه ، ولا يمكن باتفاق بين الافراد خلق واجب سلبى عام على الناس كافة باحترام الحق العيني الذى يبتدعه الافراد باتفاق بينهم ^(٢) .

ونلاحظ على هذا الرأى الاخير أن الواجب السلبى العام الواقع على الكافة باحترام الحق يوجد — كما سبق أن رأينا — بالنسبة للحق العيني ^(٣) مما يمكن معه القول بأنه ليس هناك مانع قانونى من امكان الافراد ابتداع حقوق عينية جديدة باتفاقاتهم اذا كان ذلك متصورا من الناحية العملية . ولكن الواقع أن الامثلة التى ضربها الفقه لحقوق عينية يبتدعها الافراد لا تتضمن حقوقا عينية جديدة لم ينص عليها المشرع وانما مجرد تحديدات أو توابع لهذه الحقوق التى نص عليها القانون ^(٤) . ومثل

(١) فى بيان الفقه الذى يأخذ بهذا النظر راجع :

Aubry et Rau, Cours de droit civil français, 6ème éd., par E. Bartin, T. 2, note quater, p. 71.

وقد سار القضاء الفرنسى فى هذا الاتجاه وتبعته بعض المحاكم المصرية (انظر الاحكام المشار اليها فى : محمد على عرفة ، بند ١٩ وما بعده) .

(٢) حسن كيرة ، الحقوق العينية الاصلية ، بند ١٨ ، اسماعيل غانم ، حق الملكية ، ١٩٦١ ، بند ٤ ، محمد على عرفة ، المرجع السابق ، بند ١٨ .

(٣) Marty et Raynaud, op. cit., 8; Ginossar, op. cit., No. 58.

Marty et Raynaud, op. cit., No. 8.

(٤)

هذه التحديدات أو التوابع لا شك في جوازها اذا لم يكن فيها ما يخالف النظام العام ، ولا شك في الزامها لمن ينتقل اليه الشيء المحمل بها اعمالا لقواعد الاستخلاف في الالتزامات والحقوق الشخصية اذا كانت من مستلزمات الشيء الذي انتقل الى الخلف وكان هذا الاخير على علم بها ، تطبيقا لحكم المادة ١٤٦ من القانون المدني المصري الجديد ، ودون حاجة الى اعتبارها من قبيل الحقوق العينية . ولعل انعدام مثل هذا النص في القانون الفرنسي والقانون المصري القديم هو الذي دفع بعض الفقه الى اعتبار هذه الصور من قبيل الحقوق العينية توصلا الى الزام الخلف بها ^(١) . ويمكن القول بنفس حكم القانون المصري في هذا الشأن في القانون اللبناني رغم انعدام النص باعتبار أن الالتزام في القانون اللبناني ينظر اليه نظرة مادية تستقيم مع انتقاله الى الخلف الخاص على نحو ما يأخذ به المشرع المصري .

تقسيم :

١٣ - وقد اتخذ كل من المشرع اللبناني والمشرع المصري فكرة الحق العيني الاصلى أداة لصياغة نظام الاموال . فالقانون الاساسي في شأن الاموال في لبنان هو قانون الملكية العقارية الصادر به القرار رقم ٣٣٣٩ في ١٢ تشرين الثاني ١٩٣٠ . وقد اقتصر هذا القانون على تنظيم الحقوق العينية العقارية دون المنقولة . وقد عدت المادة ١٠ من هذا القانون الحقوق العينية التي ترد على العقار بقولها يمكن أن تجرى على العقارات الحقوق العينية الاتي ذكرها :

(١) اسماعيل غانم ، بند ٤ .

في تطور الفقه والقضاء نحو الاحتجاج بالحقوق الشخصية على غير المتعاقدين :

Limpens, de l'opposabilité des contrats à l'égard des tiers, Mélanges P. Roubier, 1961, T. II, p. 89 et ss.

- ١ - الملكية .
- ٢ - التصرف .
- ٣ - السطحية .
- ٤ - الانتفاع .
- ٥ - حق الافضلية على الاراضى الخالية المباحة .
- ٦ - الارتفاقات العقارية .
- ٧ - حق الرهونات : الرهن ، والبيع بالوفاء .
- ٨ - الامتيازات والتأمينات .
- ٩ - الوقف .
- ١٠ - الاجارتين .
- ١١ - الاجارة الطويلة .
- ١٢ - الخيار الناتج عن وعد البيع » .

وقد أضاف قرار المفوض السامى رقم ١٢ L.R. الصادر فى ١٦ كانون الثانى ١٩٣٤ الى هذه الحقوق حقا آخر هو حق المساقاة .

ويلاحظ فى هذا الشأن أن المشرع اللبنانى قد عدد جميع الحقوق العينية الممكن ورودها على العقاد دون تمييز بين الاصلى منها والذى يدخل فى دراسة نظام الاموال وبين التبعى والذى يدخل فى دراسة التأمينات العينية . لذلك فاننا نستطيع أن نستبعد من الآن من نطاق دراستنا كلا من حقوق الرهونات والامتيازات والتأمينات باعتبارها من قبيل الحقوق العينية التبعية .

أما المشرع المصرى فقد جمع بين الحقوق العينية العقارى منها والمنقول فى التقنين المدنى الجديد ، ويميز بوضوح بين الاصلى منها والتبعى فخصص

لكل منها الباب الاول والباب الثانى من قسمه الثانى على التوالى • وقد تعرض المشرع المصرى فى شأن الحقوق العينية الاصلية لكل من حق الملكية ، وحق الانتفاع ، وحق الاستعمال وحق السكنى ، وحق الحكر ، وحق الارتقان •

ويلاحظ أن كلا من المشرع اللبنانى والمشرع المصرى يجرى على النظرية التقليدية التى تدخل حق الملكية فى دائرة الحقوق العينية الاصلية وتضفى عليه صفة الحق العينى الاصيل معتبرة الحقوق العينية الاصلية الاخرى مجرد حقوق متفرعة عنه • على أننا سوف لا نسير على هذا المنهج فى دراستنا لنظام الاموال وانما سوف نتخذ النهج الآخر الذى يعتبر الملكية حقا خارجا عن تقسيم الحقوق الى حقوق عينية وحقوق شخصية ، ويعتبر هذه الحقوق جميعا محلا ترد عليه الملكية كالاىياء المادية سواء بسواء • على هذا النحو فان دراستنا للحقوق العينية الاصلية فى القانون اللبنانى والقانون المصرى سوف تكون فى الواقع دراسة لنظام الملكية بمعناه الواسع الذى يسير عليه فقه الشريعة الاسلامية فى تحديده لمفهوم الملكية • وسوف نقدم هذه الدراسة فى قسمين أساسيين ، يتناول أولهما دراسة تحليلية لحق الملكية فى خصائصه ومضمونه وأوصافه ، ويتناول الاخر مصادر الملكية •

القسم الاول : حق الملكية

القسم الثانى : مصادر الملكية

القسم الأول

حق الملكية

١٤ - تعبر فكرة الملكية ، في معناها البسيط المستمد من الواقع الذى عاشه الانسان منذ بدأ الخليقة ، عن اختصاص الشخص بشئ من الاشياء اختصاصا يكفل له السيطرة على منفعه وكيانه . والملكية على هذا النحو تفترض شخصا معيننا يسند اليه الاختصاص بالشئ المملوك ، طبيعيا كان هذا الشخص أم معنويا وعاما كان الشخص المعنوى أم خاصا ، بما يفضى الى اختلاق خصائصها ، وتتحصل في مكنت معينة يمارسها المالك على ملكه تعتبر مضمونا لها .

على أن الملكية قد تقترن بعد ذلك بوصف من الاوصاف مما يغير من وضعها العادى .

على هذا النحو نعرض لتحليل حق الملكية في أبواب ثلاثة :

الباب الاول : خصائص الملكية .

الباب الثانى : مضمون الملكية .

الباب الثالث : أوصاف الملكية .

الباب الأول

خصائص الملكية

١٥ — يعرف العالم في العصر الحديث نوعين أساسيين من الملكية تجمع بينهما النظم القانونية المختلفة ، هما الملكية الخاصة والملكية العامة .
وتختلف خصائص كل نوع من هذين النوعين عن الآخر ، كما يختلف كل منها في البلاد المختلفة باختلاف النظم الاجتماعية والاقتصادية فيها . غير أن البعض يضيف الى هذين النوعين من الملكية نوعا ثالثا يعرف بالملكية التعاونية .

الفصل الاول : خصائص الملكية الخاصة .

الفصل الثاني : خصائص الملكية العامة .

الفصل الثالث : خصائص الملكية التعاونية .

الفصل الأول

خصائص الملكية الخاصة

١٦ - تقوم النظم الرأسمالية أساسا على الملكية الخاصة ، كما أن أكثر النظم الاشتراكية تطرفا لم تصل الى حد القضاء التام على هذه الملكية . ومع ذلك فهذا النوع من الملكية تختلف خصائصه ، من حيث مضمونه ومدى الحماية المقررة له ، باختلاف النظام الذى يقوم فيه .

الملكية الخاصة والنظام الرأسمالى :

١٧ - تستمد النظم الرأسمالية فلسفتها من المذهب الفردى الذى يرى أن للانسان حقوقا طبيعية تقتصر وظيفة المجتمع على ضمان احترامها ، ذلك الاحترام الذى يحقق بدوره صالح المجتمع . والملكية الخاصة فى هذا المذهب حق طبيعى مقدس يعبر عن حاجة الفرد ، فضلا عن أنه يحقق صالح المجتمع باعتباره أعظم حافز على زيادة الانتاج وتحسينه (١) .

(١) كانت الملكية فى العهد الاقطاعى انعكاسا للتكوين الاجتماعى فيه ، ذلك التكوين الذى يميز بين السيد وبين تابعيه . فقد كانت الملكية تتضمن حقين: الملكية الفعلية (domaine utile) وتكون للتابع (Vassal) والملكية الاصلية (domaine iminent) وتكون للسيد (Seigneur) . وتتمثل فى بعض المزايا والخدمات التى يؤديها التابع اليه . وبمرور الزمن اقتربت الملكية الفعلية من الملكية الفردية وآلت الملكية الاصلية الى مجرد تكاليف تثقل الارض ، حتى كانت الثورة الفرنسية فحررت الارض من هذه التكاليف الاقطاعية وصارت الملكية الفعلية ملكية خاصة لصاحبها (انظر فى ذلك السنهورى ، بند ٢٩٢) .

على هذا النحو ينبسط مجال الملكية الخاصة في النظم الرأسمالية ليشمل جميع أوجه النشاط الاقتصادي سواء ما كان منها معدا للاستهلاك أو ما كان معدا للاستثمار ونتاج الجديد من الثروات ، ويقتصر مجال نشاط الدولة ، ممثلا في الملكية العامة ، على المشروعات التي لا يقوم عليها الافراد لانها لا تحقق مصلحة خاصة لهم بالرغم مما فيها من نفع محقق للمجتمع .

وبالمثل ينبسط سلطان المالك على ملكه دون ما حدود تردده ، فيكون له كامل السلطات المتصورة على الشيء من استعمال واستثمار وتصرف ، ويكون له الحرية في مباشرة هذه السلطات أو عدم مباشرتها بما يحقق مصلحته الشخصية دون نظر الى ما قد ينتج عن هذه المباشرة من استغلال للغير أو اضرار به ودون نظر لما قد ينجم عن عدم مباشرتها من تعطيل لثروات المجتمع ، كما يكون له أن يمنع الغير من الانتفاع بملكه ولو لم يكن يترتب على هذا الانتفاع أى ضرر له . ومن هنا كان القول بأن الملكية حق مطلق يمتد الى جميع السلطات المتصورة على الشيء ، وحق دائم لا يسقط بترك الشيء المملوك أو عدم مباشرة سلطات الملكية عليه مهما طال مدة الترك أو عدم المباشرة ، وحق مانع يجعل المالك وحده متمتعا بسلطات الملكية دون مشاركة من أحد .

ونتيجة لذلك فان وظيفة الدولة الاساسية تتمثل في حماية الافراد من كل اعتداء يقع من أحدهم على الآخر في ملكه . أما أن تمتد يد الدولة الى تقييد المالك في ممارسته لسلطاته بحجة منع استغلاله لمن يرتبط بهم في هذه الممارسة أو منعه من الاضرار بالغير ، واما أن تمتد يدها الى انتزاع الملكية من صاحبها بحجة اعادة توزيع الثروة توزيعا عادلا ، فذلك ما يخرج عن حدود وظيفتها .

واذا كانت المادة ٥٤٤ من القانون المدني الفرنسى الذى يعتبر نموذجا

لنظرية الرأسمالية في الملكية تردف تعريفها للملكية بأنها حق في التمتع والتصرف في الاشياء بطريقة مطلقة باشتراطها أن لا يكون استعمال هذه الاشياء مما تحظره القوانين واللوائح ، فان واضعى هذا القانون لم يكن في أذهانهم سوى بعض الارتفاقات المتعلقة بالمصلحة العامة والتشريعات المتعلقة بالاماكن الخطرة ونزع الملكية للمصلحة العامة .

ويقوم النظام اللبناني على أساس من الملكية الخاصة ، حيث دور الملكية العامة فيه محدود . غير أن الملكية الخاصة في هذا القانون قد خففت من غلوائها تحت تأثير التيارات الاجتماعية التي تركت بصماتها على جميع قوانين الملكية في العالم منذ بداية القرن العشرين . فاذا كانت الملكية — كما يظهر من قانون الملكية العقارية — تجمع في يد المالك جميع السلطات المتصورة على الشيء وتجعل منها حقا دائما ، فان هذا القانون قد وضع القيود الاساسية على ممارسة هذه السلطات على ما سوف نراه بالتفصيل ، فضلا عن أن هذه الممارسة تخضع لبدأ عدم التعسف في استعمال الحق المقرر في قانون الموجبات والعقود ولكثير من القيود الاخرى في القوانين الخاصة على النحو الذى نراه فيما يتعلق بقوانين الايجار .

الملكية الخاصة والنظام الاشتراكى :

١٨ — أما النظم الاشتراكية فتستمد فلسفتها من المذهب الاجتماعى الذى يرى أن الفرد ليس له كيان مستقل عن الجماعة التى يعيش فيها ، وينكر وجود حقوق طبيعية للفرد سابقة على وجوده ، ويرى أن من حق المجتمع التدخل لمنع استغلال الانسان لاختيه الانسان . لذلك فالفكر الاشتراكى ينادى بضرورة الغاء الملكية الخاصة لوسائل الانتاج الغاء تاما باعتباره الوسيلة الوحيدة للقضاء على الاستغلال ، فالقضاء على هذا الاستغلال يقتضى أن يحصل العامل على جميع ما ينتجه باعتبار عمله هو

المصدر الوحيد لانتاجه ، ولكن الواقع أن المالك في ظل نظام الملكية الخاصة يقاسمه هذا الانتاج بمقتضى ملكيته لوسائل الانتاج ، ومن ثم فالسبيل الى الغاء هذا الاستغلال هو القضاء على الملكية الخاصة لوسائل الانتاج ، وجعل العمل هو المعيار الوحيد للتوزيع في الجماعة .

لذلك فالتطبيقات الاشتراكية تكاد تلغى الملكية الخاصة لوسائل الانتاج وتقتصر على وسائل الاستهلاك . بل ان الفقهاء في البلاد الاشتراكية يأنفون من تسمية هذه الملكية بالملكية الخاصة لاقتران الملكية الخاصة في أذهانهم باستغلال الانسان للانسان .

كذلك فالملكية الخاصة في البلاد الاشتراكية لا تتمتع على هذا النحو من حيث مضمونها بأى من الخصائص التى تتمتع بها في النظام الرأسمالى . فسلطان المالك على ملكه مقيد دائما بما تقتضيه أهداف النظام الاشتراكي ، سواء فيما يتعلق بمدى حريته في الانتفاع بملكه ، أو فى مدى دوامه معقودا له ، أو فى مدى استثنائه به .

وأخيرا فالملكية الخاصة فى هذه البلاد تعتبر مرحلة تطور مآلها الى الزوال عندما يصل المجتمع الاشتراكي الى مرحلته النهائية .

وطبيعى أن تنعكس هذه النظرة الى الملكية الخاصة على مدى الحماية المقررة لها وعلى وسائل هذه الحماية . فالملكية الخاصة ترتفع عنها حماية القانون كلما أصبحت متعارضة مع البرنامج السياسى الاشتراكي سواء تمثل هذا التعارض فى أساسها بالمصلحة العامة أو بمصلحة خاصة أخرى يرى القاضى أنها أقرب الى التعبير عن أهداف المجتمع الاشتراكي . والملكية الخاصة تقتصر حمايتها على وسائل القانون العام دون وسائل الحماية الأخرى الاستثنائية التى تتمتع بها أنواع الملكية الأخرى ^(١) .

K. S. Toyanovitch, op. cit., No. 123.

(١)

١٩ - وإذا كانت مصر قد انحازت الى النظام الاشتراكي فانها لم تذهب الى حد الغاء الملكية الخاصة لوسائل الانتاج ، وانما اكتفت بتحقيق سيطرة الدولة على وسائل الانتاج الاساسية التي تتمثل في هياكل الانتاج والمصارف والجانب الاعظم من قطاع الصناعة والتجارة .

لذلك فان مطالعة نصوص الميثاق والقوانين المختلفة المتعلقة بالعلاقات الناشئة عن الملكية تنبئ عن استناد النظام الاشتراكي المصري الى تعايش القطاع الخاص مع القطاع العام ، في الحدود التي تكفل سيطرة الاخير ^(١) . غير ان هذا التعايش يفترض بالضرورة تشكيل سلطات الملكية الخاصة ومدى الحماية المقررة لها تشكيلا يرتفع بوظيفتها الاجتماعية الى قمة مستواها ويباعد بينها وبين خصائص الملكية الخاصة في النظام الرأسمالي .

فمن ناحية تنظيم استعمال المالك لسلطاته نجد أن النظام الاشتراكي في مصر ان كان يبقى على الملكية الخاصة في الحدود السابق بيانها ، فانه يعيد صياغة العلاقات المختلفة الناشئة عنها ^(٢) صياغة تكفل لكل من المشتركين في استثمارها نصيبا عادلا في الربح والانتاج . فعلاقة المالك بالعامل تتحول بالتدريج من علاقة تقوم على العرض والطلب على العمل لتصبح علاقة شركة في الربح وفي الادارة ، عن طريق القوانين التي تحدد الاجور وتشارك العامل في الربح وفي ادارة المشروع ، وعلاقة المالك بمستهلك السلعة أو الخدمة التي يقدمها المالك تتحول من علاقة تقوم على العرض والطلب

(١) انظر في هذا الصدد كتابنا سالف الذكر ، بند ١٩ و ٢٠ ، ص ٣٦ وما بعدها .

(٢) في تحليل العلاقات المختلفة المترتبة على الملكية الرأسمالية انظر :
Karl Renner, The institutions of private law and their social functions, 1949, specially, ch. 4, section II.

(٣) على البارودي ، في سبيل نظام قانوني موحد للمشروع العام ، بند ٨١

على هذه السلعة أو الخدمة الى علاقة يحدد فيها للمالك المنتج ربح معلوم يتناسب مع دوره في الانتاج ، عن طريق القوانين التي تحدد أثمانا مدروسة للسلع والخدمات ، وايجارا للاراضى الزراعية . وعلاقة المالك بجاره لا يحكمها مبدأ اطلاق يد المالك في الانتفاع بملكه واستثثاره بهذا الانتفاع وانما يحكمها تنظيم عادل لعلاقات الجوار عن طريق منع المالك من الاضرار بجاره ضررا غير قانونى وتمكين الجار من استعمال هذا الملك اذا اقتضت الضرورة ذلك وفي نظير التعويض العادل . الخ . هذا بالاضافة الى أن خضوع الانتاج والتوزيع في مصر لمبدأ التخطيط الشامل يفترض توجيه الملكية الخاصة ، مثلها في ذلك مثل ملكية القطاع العام ، لخدمة أهداف الخطة، وخضوعها لاحكامها .

أما من ناحية الحماية الواجبة للملكية الخاصة في مصر ، فان بقاء هذه الملكية مرهون بما تحققه من نفع اجتماعى . لذلك فاذا كان للمالك جميع السلطات المتصورة على الشئ ، فليس له الحرية في استعمال هذه السلطات أو عدم استعمالها دون أن يترتب على ذلك التأثير في وجود الحق ذاته . فقعود المالك عن مباشرة ملكه يضر بالمجتمع بتعطيل ثرواته . ومن ثم يثور التساؤل حول مدى امكان تخويل الدولة حق اسقاط الملك عنه في هذه الحالة بحيث يؤول اليها فتقوم باستثماره بنفسها أو تقوم بتوزيعه على الافراد . بل ان التساؤل يثور في هذا الصدد عما اذا كان من المناسب تجريد المالك من حق الملكية اذا كان لا يحافظ على الشئ المملوك له والعناية به العناية الواجبة . هذا بالاضافة الى أن بقاء الملكية الخاصة مرهون بعدم فتحها الباب الى التحكم في الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية . لذلك لم يعد مساس الدولة بالملكية الخاصة قاصرا على نزع الملكية للمنفعة العامة أو الاستيلاء عليها استيلاء مؤقتا في الحالات الطارئة أو المستعجلة في مقابل تعويض عادل ، وانما أصبح التأمين وحراسة الطوارئ أو الامن جزاء لخروج الملكية الخاصة عن وظيفتها الاجتماعية .

الفصل الثاني

خصائص الملكية العامة (١)

٢٠ — لا شك في أن الاتجاه نحو الملكية العامة ، بنقل وسائل الانتاج من سيطرة الافراد الى سيطرة الجماعة ، قد أضحى في الوقت الحاضر اتجاها عالميا نجده في سائر الدول رغم تفاوت أنظمتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية ، وان اختلف بعد ذلك في مدى تطبيقه وفقا لهذه الانظمة ذاتها . فالدول الرأسمالية وان قامت أساسا على الملكية الخاصة ، كما رأينا ، الا أنها تكاد تتفق على الاختصاص ببعض أوجه النشاط الاقتصادي ذات الطابع الحيوي ، كإصدار أوراق البنكنوت وإدارة السكك الحديدية . أما الدول الاشتراكية فتقوم أساسا على عداء الملكية الخاصة باعتبارها أداة استغلال الانسان للانسان ، أو في الأقل ترى أن قيام مجتمع الكفاية والعدل ، الذي تسعى الى تحقيقه ، يتطلب قيام قطاع عام يحتل مركز القيادة الاقتصادية فيوجه التقدم ويفرضه . لذلك فالملكية العامة في هذه الدول الأخيرة تمتد الى كل وسائل الانتاج بالمعنى الواسع ، كما هو الحال في الاتحاد السوفيتي ، أو تحتل مركز الصدارة مع الاحتفاظ للملكية الخاصة بنطاق يختلف باختلاف ظروف التطبيق ، كما هو الحال في دول أوروبا الشرقية وفي الجمهورية العربية المتحدة .

(١) أخذنا بهذه التسمية عنوانا لهذا البحث على سبيل المقابلة مع الملكية الخاصة دون أن نقصد المصادرة على المطلوب فيما يتعلق بتكييف هذا النوع من الملكية وبيان نظامه القانوني .

الملكية العامة ونظامها القانوني في الدول الرأسمالية :

٢١ — استقر الرأي في الدول الرأسمالية على أن الأشياء التي تسيطر عليها الدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة ، تعتبر مملوكة لها ، فتتمتع عليها بسلطات المالك ويكفل لها القانون الحماية المكفولة له . على أن بعض هذه الدول على الأقل — استمرارا لتقاليد القانون الروماني والقرون الوسطى من بعده — تنتزع من بين هذه الأشياء المملوكة للدولة أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة نطاقا معيناً تضيف عليه حماية خاصة بالنظر للتخصيص المعد له وتطلق عليه الأشياء العامة أو « الدومين العام » (Domaine public) وتخضعه للقانون العام ^(١) ، بالمقابلة بينها وبين بقية الأشياء المملوكة للدولة أو الأشخاص المعنوية العامة والمعروفة بالأشياء الخاصة أو « الدومين الخاص » (Domaine privé) الذي يظل خاضعا للقانون الخاص .

(١) ثار الخلاف في فرنسا ومصر حول تكييف حق الدولة على الأشياء العامة . فذهب رأى الى أن حق الدولة على هذه الأشياء ليس حق ملكية بالمعنى الصحيح وإنما هو مجرد ولاية اشراف وحفظ وصيانة ، كمظهر من مظاهر سيادتها . ذلك أن جوهر الملكية هو عناصرها الثلاثة من استعمال واستثمار وتصرف ، وهذه لا تتوافر للدولة على الأشياء العامة (في عرض هذا الرأي وتأييده انظر : محمد على عرفة ، بند ١٢١ — ١٢٦) . ولكن الرأي الراجح يقر أن حق الدولة على الأشياء العامة هو حق ملكية بالمعنى الدقيق ، وأن كانت هذه الملكية مقيدة بالغرض المخصصة له هذه الأشياء . ففضلا عن أن الدولة تتمتع على هذه الأشياء بما يتمتع به المالك من الحصول على منفعته من ثمار وحاصلات ، وتستطيع التصرف فيها بالفعل باتباع الاجراءات التي يرسمها القانون لذلك (انتهاء تخصيص الشيء للمنفعة العامة) ، فإن جوهر الملكية لا يكمن في الواقع في هذه السلطات وإنما في حيازة الشيء وامكان تعيين المنتفعين به ، سواء انتفع به المالك بنفسه أو جعل هذا الانتفاع لغيره ، وهذان العنصران يتوافران بلا شك في علاقة الدولة بالأشياء العامة (في هذا الصدد راجع بصفة خاصة محمد زهير جرانة ، حق الدولة والافراد على الاموال العامة ، ١٩٤٣ ، ص ١٢٤ وما بعدها . وانظر أيضا : محمد كامل مرسى ، الحقوق العينية الاصلية ، ج ١ ، بند ١١٤ ، السنهوري ، بند ٦٤ وما بعده ، مصطفى أبو زيد فهمي ، نظرية المرافق العامة ، ١٩٥٧ ، بند ٧٧ وما بعده ، سليمان محمد الطماوى ، مبادئ القانون الادارى ، ١٩٦٦ ، ص ٦٠٥ وما بعدها) .

ويختلف الفقه في تحديد الاشياء العامة من معيار الاشياء التي لا تقبل بطبيعتها أن تكون محلا للملكية الخاصة ، الى معيار الاشياء التي تخصص بالفعل أو بقرار السلطة المختصة لمنفعة الجمهور ، الى معيار الاشياء المخصصة لخدمة المرافق العامة ، ليستقر على معيار التخصيص للمنفعة العامة ، على نحو ما تقضى به المادة ٨٧ من القانون المدنى المصرى التى تنص (بعد تعديلها بالقانون رقم ٣٣١ لسنة ١٩٥٤) على أنه « تعتبر أموالاً عامة ، العقارات والمنقولات التى للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو قرار جمهورى أو قرار من الوزير المختص » (١) .

أما فى لبنان فقد اكتفى قانون الملكية العقارية بالإشارة الى العقارات العامة عندما نص فى مادته الثامنة على أن « العقارات المتروكة المحمية هى العقارات التى تخص الدولة أو البلديات ، وتكون جزء من الاملاك العامة » ولكن القرار رقم ١٤٤ الصادر بتاريخ ١٠ حزيران ١٩٢٥ يقرر فى مادته الاولى أن الاملاك العامة تشمل جميع الاشياء المعدة بسبب طبيعتها لفائدة الجميع أو لفائدة مصلحة عامة، ثم يعود فى مادته الثانية فيعدد بعض الاشياء العامة كشاطئ البحر ومجارى المياه وقنوات الملاحة والسدود البحرية أو النهرية والشوارع . الخ . ومن المتفق عليه فى الفقه اللبنانى (٢) أن هذا التعداد للاشياء العامة قد ورد على سبيل المثال وليس على سبيل

(١) راجع فى هذه المعايير المختلفة والقائلين بها : السنهورى ، بند ٤٦ ، مصطفى أبو زيد فهمى ، بند ٧٣٥ وما بعده ، سليمان محمد الطماوى ، ص ٥٨١ وما بعدها .

(٢) راجع فى هذا الشأن : شفيق حاتم ، محاضرات فى القانون الإدارى (اللبنانى) (على الآلة الكاتبة) ، ١٩٦٥ ، ص ٢٧٤ وما بعدها ، زهدى يكن ، شرح مفصل لقانون الملكية العقارية والحقوق العينية غير المنقولة ، الجزء الاول ، الطبعة الثانية ، بند ٦٥ وما بعده .

الحصر ، وأن العبرة في شأن اعتبار الشيء المملوك للدولة وغيرها من الأشخاص العامة من قبيل الأشياء العامة أو الخاصة بمعيار التخصيص للمنفعة العامة الذي استقر عليه الفقه الفرنسي والذي سجلته في وضوح المادة ٨٧ من التقنين المدني المصري الجديد • وعلى ذلك فالأشياء العامة من القانون اللبناني هي الأشياء المخصصة لغرض معين هو المنفعة العامة ، وهذا التخصيص يتم برصد الشيء لهذا الغرض بطريق فعلى أو بطريق رسمى •

وتخصيص الشيء للمنفعة العامة يقتضى اضعاف حماية خاصة عليه ، ضمانا لاستمرار وفائه بالغرض المخصص له • فتخصيص الشيء للمنفعة العامة يتنافى مع امكان نقل ملكيته للأفراد ، أو اكتسابهم حقا عليه يتعارض مع هذا التخصيص ، أيا كان طريق اكتساب هذا الحق • ومن هنا كان تقرير عدم جواز التصرف في الأشياء العامة أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم ، في المادة ٨٧ من التقنين المدني وفي المادة ٢٥٦ من قانون الملكية العقارية والمادة الاولى من القرار رقم ١٤٤ الصادر في ١٠ حزيران ١٩٢٥ في لبنان • فالتصرف في الشيء العام ، ببيع ، أو رهن ، أو خلافة ، يبعده بطريق مباشر أو غير مباشر عن المنفعة المخصص لها • والحجز على الشيء العام من دائن الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة يؤدي الى خروجه عن التخصيص المعد له ببيعه جبرا عن مالكه • والتقادم يؤدي الى نفس النتيجة من خروج الشيء عن الغرض المخصص له •

وطبيعى أنه اذا ما انتهى تخصيص الشيء للنفع العام زالت صفته العامة وأصبح من الممكن للمالكه التصرف فيه ولدائنيه الحجز عليه وللغير اكتساب حق عليه بالتقادم • ويزول التخصيص بطريق فعلى أو بطريق رسمى كما نشأ • لذلك فاذا أراد الشخص المعنوى العام التصرف في الشيء العام

وجب عليه استصدار قانون أو اقرار بانتهاء تخصيصه للمنفعة العامة قبل التصرف والا كان التصرف باطلا .

ولا شك أن هذا النظام القانوني للأشياء العامة ، بعناصره الثلاثة ، يستجيب الى طبيعة المنفعة العامة في النظام الرأسمالي . فالمنفعة العامة في هذا النظام تكاد تنحصر في مجال الخدمات العامة التي تؤديها أشياء مثل الطرق والشوارع والانهار والترع العامة والمدارس والمستشفيات والأسواق . وقيام هذه الأشياء بمثل هذه الخدمات لا يقتضى منها حركة أو انتقالا ، بل يقتضى أن تظل بقدر الامكان كما هي لا تباع ولا توهب ولا ترهن ولا يحجز عليها ولا تتمك بالتقادم ^(١) .

الملكية العامة ونظامها القانوني في الدول الاشتراكية :

٢٢ — أما في الدول الاشتراكية فلا زالت مشكلة الملكية العامة ونظامها القانوني من المشاكل الدقيقة التي لم يكتب لها بعد الحل الحاسم . فالنظم الاشتراكية تهدف من الناحية السياسية الى تحقيق السيطرة الكاملة لمجموع الشعب أو « الامة » على وسائل الانتاج ، سيطرة تكفل حسن استثمارها وتوجيهها لمصلحة هذا المجموع دون استغلال من فرد من الافراد أو طبقة من الطبقات . ولقد كان لهذا الهدف أثر كبير على التصوير الذي يرتضيه الفقه الاشتراكي للملكية العامة ونظامها القانوني . فمن المعروف أن هذا الفقه ينفر من التصوير التقليدي للملكية باعتباره تعبيرا عن اختصاص الشخص المالك بالشيء المملوك ، ذلك الاختصاص الذي يعتبره الفقه الاشتراكي مصدر استغلال الانسان لاختيه الانسان . لذلك يحرص الفقه الاشتراكي على اعطاء الملكية العامة جوهرًا جديدًا يبعدها عن الاختصاص

(١) على البارودي ، المرجع السابق ، بند ١١٠ .

الذاتى فى الملكية التقليدية ، ويمثل هذا الجوهر الجديد فى اسناد الملكية الى مجموع الشعب أو الامة • ومن هنا كانت تعبيرات « الملكية الشعبية » و « الملكية الجماعية » • على أن التطبيقات الاشتراكية تختلف بعد ذلك فى اختيار الطريق الى تحقيق هذا النوع الجديد من الملكية • فاذا كان القضاء على الملكية الخاصة لوسائل الانتاج ، عن طريق التأميم ، يقتضى فى البداية اسناد هذه الملكية الى الدولة الاشتراكية ، فان التساؤل لا يلبث أن يثور حول ما اذا كان انتقال الملكية الى « الدولة الاشتراكية » كافيا لتحقيق الملكية « الشعبية » أو « الجماعية » أم أن هذا الانتقال مجرد خطوة فى الطريق الى الغرض المنشود •

وفى هذا الصدد يذهب التطبيق السوفيتى الى أن القضاء على الملكية الخاصة لوسائل الانتاج بنقلها الى الدولة ، يعتبر شرطا ضروريا وكافيا فى نفس الوقت لتحقيق الملكية « الشعبية » أو « الجماعية » • فالدولة الاشتراكية هى دولة مجموع العاملين وليست دولة طبقة أو أخرى كما هو الحال فى الانظمة الاجتماعية والاقتصادية الأخرى ، وانتقال الملكية الى الدولة الاشتراكية على هذا النحو يمتنع معه كل استغلال لأن الدولة الاشتراكية ما هى الا التجسيد القانونى للشعب •

ويأخذ الفقهاء اليوغوسلاف على الطريق الذى سلكته التجربة السوفيتية لتحقيق الملكية « الشعبية » أو « الجماعية » أن تملك الدولة لوسائل الانتاج لا ينفى أن من يمارس سلطات هذه الملكية هم فى النهاية الافراد القائمون على الحكم ، مما لا ينافى بها عن الاستغلال الذى تمارسه الدولة الرأسمالية اذا ما تملك وسائل الانتاج •

لذلك يذهب هؤلاء الفقهاء الى أن تملك الدولة لوسائل الانتاج ليس سوى وسيلة للقضاء على الرأسمالية ، ولكنه لا يتضمن فى ذاته تحقيق الملكية

« الشعبية » أو « الجماعية » • فتحقيق هذه الملكية يتطلب مرحلة أخرى ايجابية — فيما وراء القضاء على الرأسمالية — تتمثل في تحرير العامل المشترك في الانتاج بالغاء تبعيته لرب العمل ، ونقل ملكية وسائل الانتاج الى الدولة لايعدو أن يكون احلالا لرب عمل جديد محل أرباب العمل المتعددين السابقين • لذلك فالملكية « الشعبية » أو « الجماعية » قوامها في يوغوسلافيا الغاء الاختصاص بالاشياء بطريق مباشر ، حتى ولو كان هذا الاختصاص معقودا للدولة كممثل للشعب • ويتم الغاء هذا الاختصاص عن طريق توزيع سلطات الملكية المعروفة بين المشروع الاقتصادي — مثلا في هيئاته المختلفة — وغيره من التنظيمات الاقتصادية وبين المجتمع مثلا في الدولة ومختلف الهيئات السياسية من محلية ومركزية ^(١) بحيث تباشر كل من هذه الهيئات والتنظيمات على الشئ حقا ذاتيا مستقلا تستمده من القانون مباشرة، وبحيث لا تستطيع أى منها ادعاء ملكية لنفسها • وبذلك تصبح الملكية « الشعبية » أو « الجماعية » مجرد تعبير عن العلاقات القانونية الجديدة التى تحكم الانتاج والتوزيع في المجتمع ، أكثر من تعبيرها عن الاختصاص بالشئ المملوك ، ذلك الاختصاص الذى يذوب بين مختلف التنظيمات الاقتصادية والسياسية في المجتمع •

٢٣ — ويلاحظ في هذا الشأن أن النظام الاشتراكي اذا كان يهدف بطبيعته الى منع الاستغلال وتحقيق سيطرة الشعب على الانتاج والتوزيع في المجتمع ، فان هذا هو مقصد الفقه الاشتراكي عندما يتكلم عن « ملكية

(١) راجع في هذا الموضوع :

Jean-Pierre Ferretjan, Essai sur la notion de propriété sociale, Paris, 1963, p. 151 et ss; Albert Meister, Le fonctionnement des institutions de self gouvernement local dans une commune yougoslave, Revue des études coopératives, 1964, p. 101 et ss.

الشعب « أو « الملكية الجماعية » كصورة جديدة من صور الملكية .
فالمقصود بذلك التعبير عن دور الشعب في تحديد الانتاج والرقابة عليه
ودوره في توزيع ناتج الملكية العامة . ولكن كيف تتحقق هذه السيطرة ؟ وإلى
أى حد يؤثر تحققها في جوهر الملكية العامة ؟

لا صعوبة في الاجابة على السؤال الاول : فالانتاج والتوزيع في
المجتمع الاشتراكي تحدده وتفصله الخطة الاقتصادية ، ومن ثم فتحقيق
سيطرة الشعب على الانتاج والتوزيع في المجتمع انما يتم عملا عن طريق
دوره في رسم الخطة الاقتصادية للانتاج والتوزيع . وكلما كان رسم هذه
الخطة ديموقراطيا كلما تحقق للشعب مزيد من السيطرة على الانتاج
والتوزيع (١) . ولكن هذه الاجابة تحدد بدورها الاجابة على السؤال
الاخر . فطالما كان تحقيق سيطرة الشعب على الانتاج والتوزيع يتم عن
طريق قيامه بالدور الفعال في الخطة الاقتصادية ، فان هذه السيطرة
لا تستنفذ فكرة الملكية باعتبارها تعبر عن سلطات معينة تثبت لشخص
معين على شيء من الاشياء أو باعتبارها أداة فنية قانونية لصياغة العلاقة
بين الاشخاص والاموال . فكرة ملكية « الشعب » أو « الملكية الجماعية »
اذن فكرة سياسية أو اقتصادية وليست فكرة قانونية .

٢٤ — وفي مصر كان من المسلم به ، طبقا لاحكام المادة ٨٧ من القانون
المدنى المصرى ، تملك الدولة والاشخاص المعنوية العامة لما يقع تحت
سيطرتها من أشياء ، على نحو يجعل كلا منها مستقلا بملكية الاشياء
الخاصة به . غير أن التحول الاشتراكي قد طرح مشكلة هذه الملكية من

(١) انظر في الطابع الديموقراطى للتخطيط في الميثاق : على البارودى ،
دروس في الاشتراكية العربية ، بند ٨٠ ، في سبيل نظام قانونى موحد
للمشروع العام ، بند ٣٢ ، ٣٣ .

جديد بالنسبة للأشياء المؤممة والتي تقوم عيها مشروعات عامة تتمتع
بالشخصية المعنوية . ومثار الصعوبة في هذا الشأن أن النصوص
التشريعية - سواء في مصر أو في غيرها من البلاد التي عمدت الى تأميم
كثير من المشروعات الخاصة كفرنسا - تبدو غامضة الى درجة يمكن
معه القول بأن مشكلة الملكية بالمعنى القانوني لم تخطر على بال المشرع .
فالمادتان ٢٥ و ٢٦ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٦ الخاص بالمؤسسات
وشركات القطاع العام في مصر تعتبران رأس مال المشروع مملوكا في نفس
الوقت له وللمؤسسة العامة والدولة على نحو يفقد معه لفظ الملكية في هذا
الصدد كل مدلول (١) .

ولقد قال بملكية الدولة للأشياء المؤممة التي تدخل في ذمة المشروع
العام مع تحديد حق المشروع عليها بالانتفاع والادارة ، جانب من الفقه
الفرنسي ، مستندا في ذلك الى أن « الامة » هي صاحبة المصلحة في التأميم
وأن الدولة هي التشخيص القانوني الوحيد للامة ، فضلا عن أن قوانين
التأميم ذاتها تنص على انتقال ملكية المشروعات المؤممة للدولة (٢) وقد
سبق أن رأينا أن هذا الاتجاه يتبناه التطبيق السوفيتي .

ولكننا قد سبق أن رأينا أن مسألة كون الامة هي صاحبة المصلحة في
التأميم مسألة سياسية لا تفيد الفقيه عند البحث عن الحل القانوني
السليم (٣) . كذلك لا يمكن الارتكان الى النصوص ، طالما كانت غير قطعية

(١) على البارودي ، المرجع السابق ، بند ١٥١ .

(٢) من هذا الرأي :

J. Boulouis, Note sous Conseil d'Etat, 1-2-1950, S. 1951, III, 61.

Louis Jacquignon, Le régime des biens des entreprises nationales, Paris, 1956, T. I, No. 147 et ss. No. 168 et ss.

(٣) راجع في تفصيل ذلك كتابنا سابق الذكر ، بند ٢٧ ، ص ٥١ وما بعدها ، وانظر بند ٢٣ من هذا المؤلف .

الدلالة ، أمام ما قد يتضح من وجوب الاخذ بحل آخر مخالف لما قد توحى به . والواقع أن اسناد ملكية الاشياء المؤممة الى الدولة يفسر هيمنتها على المشروع وعلى التخصيص المعد له وبالتالي على الاشياء التى يتخذها وسيلة لتحقيق أغراضه ، ولكنه لا يقدم تفسيراً لثبوت سلطة التصرف فى هذه الاشياء للمشروع العام ذاته . فالمشروع يستطيع التصرف فى الاشياء الموجودة فى ذمته — بالشروط وبعد اتخاذ الاجراءات الواجبة بالطبع — ونقل ملكيتها بالبيع للأفراد أو المشروعات العامة الأخرى أو الدولة ، حتى فى الاتحاد السوفيتى ، فكيف تكون الدولة هى المالكة ويمكن للمشروع أن يبيع ما تملكه لها أو لغيرها (١) ؟

وقال جانب آخر من الفقه الفرنسى بالاعتراف لكل من الدولة والمشروع ذاته بالملكية ، على نحو ما كان معروفاً فى النظام الاقطاعى بالنسبة للأرض ، بحيث تكون الملكية الأصلية للدولة وتكون الملكية النافعة للمشروع (٢) . فثبوت الملكية الأصلية للدولة يفسر هيمنتها على مصير المشروع وإدارته ، وثبوت الملكية النافعة للمشروع يفسر دوره فى الإدارة وفى التصرف .

ولعل هذا الرأى يقدم تفسيراً لنصوص التأميم فى فرنسا التى تقضى بنقل ملكية الاشياء المؤممة للدولة وتحتفظ فى نفس الوقت للمشروع الذى تدخل هذه الاشياء فى ذمته بالشخصية المعنوية . ولكن يؤخذ عليه أن فكرة

(١) K. Stoyanovitch, op. cit., No. 127.

(٢) J. Rivero, Le régime des nationalisations, 1948, No. 44, 493 (٢) 594, et s., 700; idem, L'évolution du droit des entreprises nationalisées, 3ème Colloque des Facultés de Droit, Grenoble, Treillard, La notion juridique d'entreprise et l'expérience des nationalisations, R.T.D. Com. 1953, p. 605; Louis Jacquignon, op. cit., No. 157 et ss.

الملكية الاصلية كانت تعبر عن سلطة معينة للسيد (Seigneur) الاقطاعي تقابل في العصر الحديث حق الدولة في السيادة ، وهو حق مسلم به للدولة الحديثة دون أن يختلط بالملكية في ذاتها (١) .

وأخيرا يذهب جانب ثالث من الفقه الفرنسي الى القول بملكية المشروع للاموال التي تدخل في ذمته . فاسناد الملكية الى المشروع ذاته هو السبيل الوحيد لتفسير سلطات المشروع في استعمال واستثمار والتصرف في الاشياء محل الملكية (٢) .

ولعل ما يمنع من الاجماع على هذا الرأي الاخير هو ما لاحظته الفقه من خضوع المشروع في ممارسته لسلطات الملكية لهيئات الرقابة المختلفة ، وسيطرة الدولة على التخصيص المعد له المشروع ، وعودة الربح الذي يحققه خزينتها في النهاية .

٢٥ — خلاصة القول أن الفقه في بحثه عن صاحب الملكية العامة يدور في حلقة مفرغة . فالقول بملكية الدولة للاشياء الداخلة في ذمة المشروعات العامة يتجاهل قيام هذه المشروعات بنفسها بممارسة سلطات الملكية على هذه الاشياء من استعمال واستثمار وتصرف . والقول بملكية المشروع العام ذاته لهذه الاشياء يتجاهل ايلولة الارباح الناتجة عن استثمار هذه الاشياء في

(١) في هذا المعنى على البارودي ، المرجع السابق ، بند ١٥٣ ،
Loius Jacquignon ,op. cit., No. 158 et la bibliographie cité, p.
207 et ss.

(٢) Fr. Luchaire, Le statut des entreprises publiques, D.S. 1947.

(مشار اليه في Louis Jacquignon ، المرجع السابق ، ص ٢٠١)
L'Huiller, chron. au D. 1949, p. 129; G. Videl, note au j.c.p.,
1952, II, 7321, idem.,

النهاية الى خزينة الدولة • والاعتراف للدولة بالملكية الاصلية والمشروع بالملكية النافعة يعود في النهاية الى ملكية المشروع وحده •

ولعل السبيل الوحيد الذي قد يقدم حلا للخروج من هذه الحلقة هو التسليم بأن الملكية لا ترد فقط على الاشياء وانما ترد كذلك على الاشخاص المعنوية ، على نحو ما سبق أن رأينا (١) •

فالتسليم بذلك من شأنه أن يمكن من تصور تدرج الملكية من المشروع العام الى الدولة • فالمشروع العام يملك وحده الاموال التي تدخل في ذمته فيكون له عليها سلطات المالك المختلفة من استعمال واستثمار وتصرف ، ولكن المشروع العام ذاته كشخص معنوي يعتبر مملوكا للمؤسسة فتتول أرباحها اليها وتكون لها السيطرة على نشاطه ووجوده ، والمؤسسة هي الاخرى كشخص معنوي تعتبر مملوكة للدولة فتتول اليها أرباحها بمقتضى هذه الملكية وتكون لها كذلك السيطرة التامة عليها في توجيه نشاطها وفي وجودها • ولكن الدولة تعتبر نهاية المطاف في هذا التدرج باعتبارها التشخيص القانوني للشعب أو الامة •

وبذلك يصبح من اليسير تفهم قيام المشروع العام بالتصرف في الاشياء الموجودة في ذمته في الوقت الذي تصل فيه أرباحه في النهاية الى الدولة ، كما يصبح من اليسير تفهم سيطرة الدولة على التخصيص المعدل للمشروع أو المؤسسة وتوجيهه •

على هذا النحو يمكن أن يفهم نص المادتين ٢٥ و ٢٧ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٦ على أن المقصود به ليس أن رأس مال المشروع يعتبر مملوكا له وللمؤسسة وللدولة في نفس الوقت ، وانما أن رأس مال المشروع يكون مملوكا له ولكن المشروع ذاته يكون مملوكا للمؤسسة والمؤسسة تكون مملوكة للدولة •

(١) أنظر ما تقدم ، بند ١١ •

بهذا يتضح أن فكرة الملكية العامة في النظام الاشتراكي لا تختلف عن الفكرة التقليدية للملكية من حيث كونها اختصاص بالشئ المملوك ينعقد لشخص من الاشخاص فيخوله استعماله واستثماره والتصرف فيه . وهذا الاختصاص ينعقد للشخص المعنوي الذي يقع الشئ في ذمته سواء كان هو الدولة أو شخصا معنويا آخر أو كان مشروعا تجاريا عاما ، ولكن المشروع التجارى العام كشخص معنوي يكون مملوكا للدولة مباشرة أو لمؤسسة مملوكة بدورها للدولة .

٢٦ - ولكن لما كان التقنين المدنى المصرى يتعرض للأشياء المملوكة للدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة فيفرق ، كما رأينا ، في المادة ٨٧ منه بين ما كان منها عاما وما كان خاصا ، ويضفى على العام حماية خاصة فيمنع التصرف فيه والحجز عليه واكتساب حق عليه بالتقادم فان التساؤل يثور حول مدى انطباق هذا النظام الذى تضعه المادة المذكورة على الأشياء المؤممة .

ولقد برز بالفعل اتجاه جديد فى الفقه الإدارى العربى ينادى بالغاء التفرقة بين الأشياء العامة والأشياء الخاصة وتطبيق نظام الأشياء العامة على جميع الأشياء التى تدخل فى نطاق الملكية العامة ، سواء كانت مملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة أو المشروعات العامة ، نظرا لامتداد فكرة المنفعة العامة الى كل ما يحققه نشاط الدولة بصرف النظر عن نوع الشئ موضوع النشاط^(١) .

(١) محمد فؤاد مهنا ، القانون الإدارى العربى فى ظل النظام الاشتراكي الديوقراطى التعاونى ، المجلد الثانى ، ١٩٦٧ ، ص ٧١١ . أنظر فى هذا المعنى أيضا : فؤاد الدهان ، المضمون الاجتماعى للملكية ، مجلة الطليعة أغسطس سنة ١٩٦٦ ، ص ٤٤ وما بعدها .

ولا نشك في أن كل ما يحققه نشاط الدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية والمشروعات العامة يهدف الى تحقيق المنفعة العامة . ولكن هل يستتبع ذلك تطبيق نظام الاشياء العامة على جميع الاشياء الداخلة في نطاق ما نسميه بالملكية العامة ؟ الواقع أن نظام هذه الاشياء لا يرتبط بالهدف منها بقدر ما يرتبط بموضوعها أو بالوظيفة التي تؤديها ^(١) .

ولا شك في اختلاف الوظيفة التي تقوم بها الاشياء المؤممة عن وظيفة الاشياء العامة بالمعنى التقليدي . فالاشياء العامة وظيفتها الخدمة العامة ، وهي تؤدي هذه الوظيفة اذ تبقى حيث هي في حيازة الشخص الاداري ، أما الاشياء التي دفع بها التأمين الى نطاق الملكية العامة فوظيفتها الانتاج ، وهي لا تؤدي هذه الوظيفة الا حيث « تدور في عجلة الكائن الاقتصادي المتحرك الحى الذى هو المشروع التجارى العام » ^(٢) ولا شك أن هذه الوظيفة الجديدة للاشياء المؤممة تستلزم تحريرها من بعض أو كل قيود الاشياء العامة وصولا بها في النهاية الى تحقيق المنفعة العامة .

لذلك يذهب جانب كبير من الفقه الى الابقاء على التفرقة بين الاشياء العامة والاشياء الخاصة ، وتطبيقها على الاشياء المملوكة للمشروعات العامة . فما كان من الاشياء مخصصا للمنفعة العامة ، كالمباني والاشياء الثابتة ، خضع لاحكام الاشياء العامة ، وما كان منها غير مخصص لهذه المنفعة ، كالارصدة النقدية والاوراق المالية والمنتجات المعدة للبيع ،

(١) في التفرقة بين هدف تنظيم معين وموضوعه أو وظيفته راجع :

Bredin : Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé français, T. XII. Travaux de l'association, Henri Capitan, p. 376; Ch Eisenmann, Droit public et droit privé, Rev. de Droit Public et de Science Politique, 1952, pp. 903 et ss.

وانظر أيضا رسالتنا سالفة الذكر ، بند ٣٢٥ .

(٢) على البارودى ، المرجع السابق ، بند ١٣٦ .

خضع لاحكام الاشياء الخاصة • ويفسخ بعض الفقه مكانا بين النوعين السابقين يضع فيه الاشياء ذات الطابع الاقتصادى الجماعى ويسميه بالاشياء القومية أو الاشياء ذات المنفعة الاساسية (domaine national, ou domiane d'utilité essentielle) وينادى باخضاعه لنظام جديد ينبع من طبيعة الوظيفة التى يؤديها (١) •

ولعل ما يمنع من مجازاة التقسيم الى أشياء عامة وأشياء خاصة فى صدد ذمة المشروع العام هو ما يؤدى اليه منطق التقسيم من جمود لا يتفق مع ما يجب أن يتمتع به المشروع العام من حرية على أملاكه ، حتى مع استقطاب نوع جديد من الاشياء يقف بين النوعين التقليديين ويضم الاشياء ذات المنفعة الاساسية للمشروع •

ويذهب جانب آخر من الفقه الى الابقاء على التفرقة بين الاشياء العامة والاشياء الخاصة مع اعتبار الاشياء المملوكة للمشروع العام من قبيل الاشياء الخاصة واخضاعها لاحكامها (١) وهذا رأى يوفر بلا شك للمشروع العام الحرية الكاملة فى توجيه الانتفاع بأمواله والتصرف فيها ولكن الاخذ به على اطلاقه يجرّد ذمة المشروع العام من بعض أوجه الحماية التى لا خلاف على وجوب اضعائها عليها ، وان ثار الخلاف بعد ذلك على مداها ووسائل تحقيقها •

على هذا النحو فأننا ان كنا نسلم بملكية المشروع للأشياء الداخلة فى ذمته ملكية خاصة ، فأننا نرى ضرورة مراجعة النظام القانونى لهذه الملكية •

Louis Jacquignon, op. cit.

(١)

(٢) السنهورى ، بند ٨١ ،

وأول ما يعرض في هذا الصدد هو حرية التصرف في الاشياء المملوكة ملكية خاصة ، خلافاً للاشياء المملوكة ملكية عامة والتي يمتنع التصرف فيها . ولا شك أن هذه الحرية يجب الإبقاء عليها بالنسبة للاشياء المملوكة للمشروع العام . فالمنع من التصرف الذي تعرفه الاشياء المملوكة ملكية عامة كما سبق أن رأينا ، كثيراً ما يعرقل قيام المشروع العام بوظيفته .

أما توقيع الحجر على أموال المشروع العام فهو ان بدأ لأول وهلة متعارضاً مع التخصيص المعدلة المشروع بما قد يؤدي اليه من خروج الشيء المحجوز عليه من ذمة المشروع جبراً عنه ، الا أنه لا شك في أن توقيع ما يكشف عما يصيب أجهزة المشروع من خلل يتمثل في عجزه عن تنفيذ الهدف المحدد له في الخطة ، مما قد يسمح بتداركه في الوقت المناسب اذا ما صيغت اجراءاته صياغة تحقق الهدف الجديد الذي يسعى اليه (١) .

أما امكان تملك الاشياء المملوكة للمشروع العام بالتقادم أو الحيازة فيبدو أنه يتعارض مع أهداف الخطة . ولا مجال للقياس في هذا الصدد على مسألة جواز الحجز . فالحجز يفترض بالضرورة سلوكاً خاطئاً من المشروع وينبئ اليه (٢) ويسمح بتداركه اذا لزم الامر ، وفقاً للاجراءات الجديدة التي توضع له . ولعل هذا هو ما دعى المشرع المصري الى تعديل نص المادة ١٩٧٠ من القانون المدني بالقانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ بحيث أصبحت تنص على عدم جواز تملك الاشياء الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة أو كسب حق عيني عليها بالتقادم .

(١) راجع عرضاً أكثر تفصيلاً لهذا الموضوع في : على البارودي ، المرجع السابق ، بند ١٤٣ .
(٢) على البارودي المرجع السابق ، بند ١٤٤ .

ولكن يبقى بعد ذلك ان هذه الحماية خاصة بالاشياء المملوكة للأشخاص الاعتبارية العامة وان جانبا من الفقه الذى يواجه مشكلة المشروع العام فى اطار تقسيم القانون الى عام وخاص يعتبر المشروعات التجارية من أشخاص القانون الخاص ، كما يبقى أن هذه الحماية لا تمتد الى تملك المنقول أو اكتساب حق عينى عليه عن طريق قاعدة « الحيازة فى المنقول سسند الحائز » .

الفصل الثالث

خصائص الملكية التعاونية

٢٧ — عرف القانون الحديث ، كما قدمنا ، تجمعات للأشخاص أو الاموال لتحقيق أغراض جماعية مختلفة ، كالاتحادات والجمعيات والشركات . مثل هذه التجمعات يضمنها القانون الشخصية القانونية ويعطيها الحق في التملك بما يتيح لها تأدية الغرض الذي تقوم عليه ، اقتصاديا كان هذا الغرض أو اجتماعيا . ومن بين هذه التجمعات التي ظهرت واحتلت مكانها الذي نعرفه في ظل الاقتصاد الرأسمالي ، تتضمن الجمعيات التعاونية بذور الفكرة الاشتراكية ، بما تهدف اليه من القضاء على الاستغلال عن طريق خدمة أعضائها دون سعي الى الربح ، وبما تتخذ لذلك من وسائل في الادارة وفي التوزيع ^(١) .

ويحتل التعاون الان مركزا مرموقا في التطبيقات الاشتراكية المختلفة ، خاصة فيما يتعلق بالزراعة والنشاط الحرفي والصناعي الصغير ، سواء أكان خاصا بالاستهلاك أو الائتمان أو الانتاج ، حتى أن هذه التطبيقات تتكلم عن صورة جديدة من صور الملكية هي الملكية التعاونية ، وتضعها —

Katzarov, op. cit., p. 314.

(١) راجع

وراجع أيضا في علاقة التعاون بالاشتراكية : مجلة الطليعة عدد سبتمبر سنة ١٩٦٥ ، خاصة مقال الدكتور حلمي مراد « التعاون في ظل الرأسمالية والاشتراكية » .

من حيث أهداف النظام الاشتراكي — في مركز وسط بين الملكية الخاصة « ملكية الشعب » أو « الملكية الجماعية » . وهذا النوع من الملكية جدير بنفس الحماية التي تتمتع بها « ملكية الشعب » أو « الملكية الجماعية » حتى أنه يعتبر صورة مرحلية من صور الملكية مآلها أن تتحول في النهاية الى « ملكية شعبية » أو « جماعية » بالمعنى الدقيق .

وقد نصت المادة ١٣ من دستور الجمهورية العربية المتحدة الصادر سنة ١٩٦٤ على هذه الملكية وعرفت بها بأنها « ملكية كل المشتركين في الجمعية التعاونية » .

ولعله من السهل علينا منذ البداية — بعد دراستنا لحقيقة ما يسمى بالملكية « الشعبية » أو « الجماعية » — أن نرى سبب اصرار التطبيقات الاشتراكية على تقديم ما يسمى بالملكية التعاونية كصورة جديدة متميزة في جوهرها عن صور الملكية المعروفة . فهذا الاصرار يرجع — كما رأينا بصدد « الملكية الشعبية » — الى ما تمارسه « الايديولوجية » من ارهاب على الفكر ، هذه « الايديولوجية » التي تنفر من الفكرة التقليدية للملكية كاختصاص من الشخص على الشيء المملوك ، وترى في هذا الاختصاص مصدر كل استغلال من الانسان لاختيه الانسان . وقد سبق أن رأينا أن القضاء على الاستغلال لا يمكن أن يغير من فكرة الملكية ، باعتبارها

(١) يتساءل الفقيه K. Stoyanovitch (المرجع السابق بند ١٣٢ وما بعدها) عما اذا كانت الملكية التعاونية تعتبر ملكية جماعية بالمعنى الصحيح . وفي نظره أن الاجابة تتوقف على المعيار الذي يتخذ أساسا للملكية الجماعية . فاذا كان هذا المعيار هو الاشتراك في ملكية وسائل الانتاج فلا شك أن الملكية التعاونية لا تعتبر ملكية جماعية لان وسائل الانتاج التي تعتمد عليها الجمعية من أرض وآلات تعتبر مملوكة للدولة (قارن النظرة السوفيتية التي لا تفرق بين ملكية الدولة والملكية الجماعية) . ولكن اذا كان معيار الملكية الجماعية هو الاشتراك في ملكية النشاط الانتاجي ، فان الملكية التعاونية تعتبر من قبيل الملكية الجماعية وان كانت ملكية أدنى من ملكية الدولة .

اختصاصا من شخص بشيء من الاشياء ومن ضرورة اسناد الشيء الى شخص معين لوجود الملكية . وكل ما يؤدي اليه القضاء على الاستغلال هو التصاعد بالوظيفة الاجتماعية للملكية الى أقصى مداها عن طريق ما يفرضه على المالك من قيود والتزامات في استثماره للملك والاستثمار بريعه .

فمشكلة الملكية التعاونية — مثلها في ذلك مثل مشكلة الملكية « الشعبية » أو « الجماعية » — لا يمكن أن تثير سوى البحث عن الشخص الذي تستند اليه والقيود التي تفرض على مضمونها تحقيقا لقيامها بوظيفتها الاجتماعية . على أن الفصل في هذه المشاكل يستلزم أولا أن نعرض لتطبيقات الملكية التعاونية في البلاد المختلفة التي تستعمل هذا التعبير .

تطبيقات الملكية التعاونية في البلاد الاشتراكية :

٢٨ — ففي الاتحاد السوفيتي يحتل النظام التعاوني مركزا هاما على الاخص في القطاع الزراعي ^(١) . وقد فرضته على الاتحاد السوفيتي ظروفه الخاصة بعد التأميم ، من صعوبة السيطرة على المزارعين في أراضيه الواسعة ، مع ضرورة تجميع الاراضي الزراعية للحصول على أكبر ناتج ممكن منها . ويقوم هذا النظام على انشاء جمعيات تعاونية تسمى « بالكخوز » ، يدخل فيها المزارعون ويخرجون منها طواعيه على الاقل من الناحية النظرية . وتتمتع هذه الجمعيات بالشخصية المعنوية ، ويتولى ادارتها جمعية عامة تجتمع كل شهرين وتقوم كل سنة بتعيين مدير للإشراف اليومي . أما العمل في أراضي الجمعية فيقوم به أعضاؤها .

(١) راجع في هذا الموضوع K. Stoyanovitch, op. cit., No. 87 et ss.

ولا تتعدى ملكية الجمعية (كما تحددها المادة ٧ من الدستور) البذور والمواشى والمنتجات والمدخرات الخاصة التى يتفق أعضاء الجمعية على تكوينها من حصيلة الارباح • أما الارض التى تقوم الجمعية على زراعتها والمباني والآلات ، فكلها ملك للدولة ، وليس للجمعية سوى الانتفاع بها • كذلك يظل لكل عضو حق الملكية الشخصية على الاشياء الخاصة به • وقد يكون منزل السكنى مملوكا ملكية عائلية •

ويحصل كل عضو فى الجمعية على نصيبه من الناتج على أساس ما يقدمه من عمل • ولكل عضو دفتر « Livret » يقيده فيه عدد أيام العمل التى يؤديها • والخاصية الاساسية لهذا النظام هى أن ما يحصل عليه العضو من دخل ليس ثمرة الملكية وانما هو ثمرة العمل •

أما فى دول أوروبا الشرقية فقد أدت ظروف هذه الدول الى الاحتفاظ بالملكية الخاصة للأرض ، اذ لم يكن من اليسير فى هذه الدول ، لأسباب سياسية واقتصادية واجتماعية مختلفة ، نقل ملكية الارض الى الدولة • وقد وجدت هذه الدول فى التعاون الصيغة المناسبة للاحتفاظ بالملكية الخاصة مع ضمان استثمارها استثمارا اشتراكيا رشيدا عن طريق الاستفادة من مزايا الانتاج الكبير •

ويقوم النظام التعاونى فى هذه الدول على تجميع الملاك فى شكل جمعيات تعاونية تقدم لها الدولة الآلات والمباني والبذور والسماد وغيرها • وفى هذا الشأن تتراوح العلاقة بين المالك وبين الجمعية بين مجرد الاستعانة بخدمات الجمعية نظير دفع مقابلها وبين قيام الجمعية بنفسها — عن طريق أدواتها وعمالها — بالاستثمار واقسام الناتج معه ^(١) • ويأخذ المالك فى

(١) فى التجربة اليوغوسلافية بصفة خاصة راجع القسم الاول من مؤلف Pean-Pierre Ferretjan السابق الإشارة اليه ، وفى التجربة البولندية انظر فؤاد الدهان (تجربة من بولندا) الملكية الخاصة للأرض والزراعة الاشتراكية ، الطليعة ، فبراير سنة ١٩٦٦ ، ص ٧٧ وما بعدها •

الحالة الاخيرة على ما يقدمه من عمل ، مقابلا مستقلا باعتباره عاملا وليس باعتباره مالكا .

أما تنظيم الجمعيات ، وادارتها فتختلف تفصيلاته باختلاف الدول مما لا مجال معه للخوض فيه .

وفي الجمهورية العربية المتحدة قضى قانون الاصلاح الزراعى الصادر فى سنة ١٩٥٢ بتكوين جمعيات تعاونية زراعية بين من آلت اليهم الارض المستولى عليها طبقا لهذا القانون فى القرية الواحدة ومن لا يملكون فيها أكثر من خمسة أفدنة ، وذلك تجنباً لما يترتب على تفتيت الارض من فقد مزايا الانتاج الكبير ، ثم نمت الجمعيات التعاونية الزراعية بعد ذلك فى خارج نطاق الاصلاح الزراعى حتى شملت أنحاء الجمهورية . وقد جعل قانون التعاون الصادر فى سنة ١٩٥٦ الجمعيات مفتوحة لكافة المزارعين بصرف النظر عن مقدار ملكياتهم .

ويقوم بادارة الجمعية مجلس ادارة منتخب ، كما يكون لها مدير مشرف معين . وتتدرج الجمعيات التعاونية فى هيكل عام الوحدة الاساسية فيه هى الجمعية الزراعية فى القرية ، تعلوها الجمعية التعاونية المشتركة على نطاق المحافظة ، ثم المؤسسة المصرية التعاونية الزراعية العامة .

على أن التعاون كان قاصرا فى البداية على تزويد المزارعين بالسلف والادوات اللازمة للزراعة ، كالسماد والبذور والماشية ، ومساعدتهم فى مقاومة الاوفات ، ثم تكفل التعاون بعد ذلك بتسويق المحاصيل وذلك بتسلمها ودفع ثمنها للمزارعين بعد خصم مستحقات الجمعية . ويشهد التعاون الان تطورا جديدا يتمثل فى التوسع فى تجميع الاستثمار الزراعى بتنظيم دورة زراعية موحدة لجميع اراضي القرية الواحدة ، فيمكن بذلك استخدام الآلات ومقاومة الآفات بطريقة اقتصادية وتجنب اضرار

المحاصيل المختلفة ببعضها ، مع بقاء ملكية كل فرد في القرية خالصة له ، كما يتمثل في اشراف الجمعية على العلاقة الايجارية بتحرير عقد الايجار اذا امتنع أحد الطرفين عن توقيعه وتأجير الارض أو تحصيل الاجرة نيابة عن المالك اذا رغب في ذلك •

وفي لبنان تكونت أول جمعية تعاونية زراعية في عام ١٩٣٧ ، وصدر أول تشريع ينظم الجمعيات التعاونية الزراعية في ١٩ تشرين الثاني عام ١٩٤١ بالقرار رقم ١٢١ ، ثم حل محل هذا القرار القانون الصادر به القرار رقم ١٧١٩٩ في ١٨ آب سنة ١٩٦٤ الذي ينظم الجمعيات التعاونية على اختلاف أنواعها ، كما أنشئ الاتحاد التعاوني الوطني بالقرار رقم ١٥٦٥٩ في ٢٨ آب ١٩٦٨ • وتقوم الجمعيات التعاونية الزراعية الآن بتسويق المحاصيل أو امداد الزراع بالسماذ والبذور أو امدادهم بالادوات الزراعية ، مع بقاء الارض مملوكة ملكية خاصة لهؤلاء الزراع •

حقيقة الملكية التعاونية :

٢٩ — ولعله يتضح من هذا العرض السريع أنه اذا أخذنا فكرة الملكية بمفهومها القانوني كعلاقة بين الشخص وبين شيء من الاشياء تخول له حيازته والانتفاع به والتصرف فيه ، فاننا لا نجد « كلا » متناسقا يسند لشخص من الاشخاص ويمكن أن يطلق عليه الملكية التعاونية • فالاشياء التي تخضع لسلطة الجمعية التعاونية في التطبيق السوفيتي الجانب الهام فيها (الارض والالات) ملك للدولة والباقي منها ملك للجمعية ذاتها كشخص قانوني يتمتع بالشخصية المعنوية (يجوز له اكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات) • أما في التطبيقات الاخرى فالارض تعتبر مملوكة ملكية خاصة للأشخاص الطبيعيين المكونين للجمعية ، والالات والعدد وغيرها تعتبر مملوكة للجمعية أيضا باعتبارها شخصا قانونيا عاديا •

وعلى ذلك ففكرة « الملكية التعاونية » ان كانت لا تعبر عن نوع جديد من الملكية ، كما رأينا ، فهي لا تعبر أيضا عن فكرة الملكية بمعناها التقليدي ، وانما تعبر عن طريق من طرق الاستثمار والادارة الجماعية للملكية العامة

أو الملكيات الخاصة على السواء ، تتلاقى نتائجها مع أهداف النظام الاشتراكي وتفرضه ظروف التطبيق فيه . فهو في البلاد التي أصبحت فيها الأرض الزراعية ملكا للدولة ضرورة يفرضها ما يقتضيه القطاع الزراعي بصفة خاصة من قدر كبير من اللامركزية مع ضمان السيطرة والتوجيه . وهو في البلاد التي لازالت الأرض فيها مملوكة ملكية خاصة ضرورة يفرضها ما يهدف اليه النظام الاشتراكي أو الرأسمالي على السواء من تجميع الأرض للاستفادة من مزايا الانتاج الكبير . وبذلك فإن مجال دراسة ما يسمى بالملكية التعاونية ليس هو الملكية وإنما هو التعاون بصفة عامة .

ولكن يبقى بعد ذلك أن الجمعية التعاونية ذاتها كشخص معنوي تعتبر مملوكة للأشخاص الطبيعيين المكونين لها ، على نحو ما سبق أن رأيناه بالنسبة للأشخاص المعنوية عموما .

على أنه مما لا شك فيه أن للإدارة التعاونية تأثير كبير على مضمون الملكية الخاصة للأرض ودفع لوظيفتها الاجتماعية ، بتجريد المالك الفردي من كثير من السلطات التي كان يمارسها في ظل نظام رأسمالي حر لصالح الجمعية من ناحية ، وبتحقيق سيطرة الدولة على هذه الملكية عن طريق اشرافها وتوجيهها للتعاونيات من ناحية أخرى . وقد رأينا مثالا واضحا لذلك في دول أوروبا الشرقية ، حيث تنحصر سلطة المالك بالتدريج في مجرد الحصول على جزء من الناتج مقابل ما يقدمه من أرض في عملية الاستثمار الزراعي . أما ما يقدمه من عمل في الأرض فيأخذ عليه قابلا آخر مستقلا باعتباره مالكا ، وأما عملية الاستثمار ذاتها وتوجيهها فتكون للجمعية . وبذلك تنحصر سلطات المالك شيئا فشيئا في مجرد الحق في الحصول على جزء من ثمار ملكه كريع ، دون أن يكون له سلطة توجيه استثماره .^(١)

(١) انظر في هذا الشأن :

Jean-Pierre Ferretjan, op. cit., p. 131 et ss.

الباب الثاني

مضمون الملكية

٣٠ - تعبر فكرة الملك ، فرديا كان أو اشتراكيا ، عن اختصاص شخص معين بشيء من الاشياء أو بحق من الحقوق أو بشخص من الاشخاص المعنوية اختصاصا يخوله السلطات التي تمكنه من الحصول على كل منافعه ، بحسب الاصل . ولكن الانسان لا يعيش وحده منعزلا عن أفراد الجماعة التي ينتمى اليها ، ولا يمارس حقه بمعزل عن الوسط الاجتماعي الذي يعيش فيه . لذلك فحق الملكية يفترض بالضرورة الحد من سلطان المالك على ملكه بما تقتضيه مصالح هذه الجماعة وظروف هذا الوسط ، بتحويل الغير مشاركته في بعض أوجه الانتفاع به كلما فرضت الضرورة تلك المشاركة ، أو بمنعه من مباشرة بعض الاعمال ، أو بفرض بعض الاعمال عليه .

حقا جرى الفقه على القول بأن الملكية حق مطلق ، يختص المالك وحده بمزايا الشيء المملوك له دون أن يشاركه في ذلك غيره من الاشخاص ، ويترك له الحرية في استعماله دون أن يكون مسئولا عما يجره ذلك من اضرار بالغير . ولكن هذا القول كان نتيجة لحصر تبرير الملكية في ضمان حرية الفرد منظورا اليه خارج النطاق الاجتماعي الذي يعيش فيه ، أعمالا للمذهب الفردي الذي ساد خلال القرن التاسع عشر والذي كان يركز النظر في أهداف القانون وغاياته الى الفرد ، متناسيا الجماعة التي

ينتمى اليها ومصالحها ، أو على الأقل ظنا منه أن مصلحة المجتمع ليست سوى مجموع مصالح أفرادها . لذلك نص القانون المدنى الفرنسى (م ٥٤٤) ومن بعده القانون المدنى المصرى القديم (م ٢٧/١١) على أن الملكية هى حق الانتفاع بالشئ والتصرف فيه بطريقة مطلقة .

ولكن هذه النظرة الى حق الملكية لم يعد لها محل فى النظم الرأسمالية بعد أن أصبح من المسلم فى هذه النظم النظر فى الحقوق بصفة عامة — والملكية بصفة خاصة — الى مصلحة الجماعة بجانب مصالح أصحابها ، ومن ثم فقد قيد كل من قانون الملكية العقارية اللبنانى والتقنين المدنى المصرى الجديد سلطات المالك بما يتفق مع الوظيفة الاجتماعية للملكية . فقد عرفت المادة ١١ من قانون الملكية العقارية اللبنانى الملكية العقارية بقولها « الملكية العقارية هى حق استعمال عقار ما والتمتع والتصرف به فى حدود القوانين والقرارات والانظمة » ، وعرفت المادة ٨٠٢ من التقنين المدنى حق الملكية بصفة عامة بقولها « للمالك الشئ وحده فى حدود القانون ، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه » . واذا كانت عبارة « الوظيفة الاجتماعية » للملكية قد حذفت من بين نصوص مشروع هذا التقنين ، فلم يكن القصد من هذا الحذف انكار ما للملكية من وظيفة اجتماعية ، وانما كان القصد من ذلك هو الاكتفاء بالتطبيقات التى أوردها المشرع لهذه الوظيفة .

واذا كانت هذه النظرة الفردية الخالصة لحق الملكية لم يعد لها محل فى النظم الرأسمالية ، فلا مجال لها من باب أولى فى النظم الاشتراكية التى تقوم على تغليب مصلحة الجماعة على مصالح أفرادها . ولهذا فقد عنى المشروع الجديد للتقنين المدنى ، بعد أن نص على أن « للمالك الشئ وحده فى حدود القانون . حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه » ، أن يردف ذلك بقوله « على أن يكون ذلك متفقا مع ما للملكية من وظيفة اجتماعية » .

على هذا النحو فإذا جاز اليوم القول بأن حق الملكية حق مطلق ، فلا يمكن أن يفهم من هذا الاطلاق سوى معنى فنى بحت يتعلق بمركز الملكية التامة من الحقوق الأخرى التي ترد على الشيء ، باعتباره يخول صاحبه كل السلطات الممكن تصورهما على الشيء ، خلافا لغيره من الحقوق التي لا تخول أصحابها سوى بعض هذه السلطات ، ولكن ذلك لا يعنى انكار ما للملكية من وظيفة اجتماعية مثلها في ذلك مثل سائر الحقوق .

٣١ - وإذا كان اطلاق الملكية بهذا المعنى لا يتضمن انكار حق المجتمع في فرض ما يقتضيه صالحه من قيود على سلطاتها ، فإنه يصح التساؤل عما اذا كانت فكرة الملكية تعبر عن سلطة مطلقة على الشيء بحيث تكون هذه القيود تحديدا خارجيا وطارئا لمضمونها أم أنها عنصر داخل فيها لا تتصور بدونه .

وقد ذهب البعض الى أن الملكية في ذاتها فكرة مجردة تعبر عن التمتع بجميع مزايا الشيء دون ما تحديد ، فإذا ما جاء القانون ليقيد من هذه المزايا بشكل أو بآخر فهو يضيق من هذه المزايا ويشل من ممارستها بحيث تبدو هذه القيود « كعنصر » مضاد يثقل الملكية ويكسر من حدتها في الحالات التي يوجد فيها .

ولكن البعض الآخر يرى أن القيود التي يفرضها القانون الحديث على الملكية أداء لوظيفتها الاجتماعية تبلغ من الكثرة والاصالة مرتبة يصعب معها اعتبار وجودها حادثا طارئاً على فكرة الملكية ويضاف لها كعنصر خارجي مضاد ، ويتعين اعتبارها كعنصر من عناصر فكرة الملكية ينشأ معها ويعتبر جزءاً من مضمونها . فهذه القيود تعتبر بمثابة « تكاليف » أو

«التزامات» تكون مع ما يعترف بسلطات الملكية مضمون حق الملكية (١) .

والواقع أن الملكية إنما تعبر عن حرية التصرف في الشيء المملوك ، وهذه الحرية تتضمن بالضرورة حدودها عندما تصطدم بحريات الآخرين . ومن ثم فسلطات الملكية وقيودها تضمها فكرة واحدة هي فكرة الملكية ، إذ أن أحداها دون الأخرى لا تستطيع أن تحقق للإنسان أغراضه التي هي سبب الاعتراف له بحق الملكية (٢) .

على هذا النحو فإن تحديد مضمون الملكية لا يقتصر على بيان سلطاتها وإنما يمتد الى تحديد النطاق الذي يفرضه القانون لهذه السلطات .

الفصل الأول : سلطات الملكية

الفصل الثانى : نطاق الملكية

(١) فى هذه النظريات والقائلين بها فى الفقه السويسرى أنظر رسالة Mohammad Mehdi Eljam السابق الإشارة إليها ، ص ٤٣ — ٤٧ .
(٢) المرجع السابق ، ص ٥٠ وما بعدها .

الفصل الأول

سلطات الملكية

٣٢ — رأينا فيما سبق كيف أن فكرة الملكية تتسع لتشمل كل قيمة مالية سواء تمثلت هذه القيمة في شيء من الأشياء أو في حق من الحقوق العينية أو الشخصية أو في شخص معنوي . لذلك فالكلام عن سلطات الملكية يقتضي الكلام عن سلطات المالك على الشيء أو الحق أو الشخص المعنوي الذي هو مملوك له . ولما كان موضوع الحقوق الشخصية يدرس في نظرية الالتزام أو الموجبات وموضوع الأشخاص المعنوية يدرس في أماكن عديدة من الدراسة القانونية فسوف نقتصر على الكلام عن سلطات الملكية فيما يعرف بالحق العيني .

كذلك رأينا أن هذا التصوير لفكرة الملكية يستجيب الى نظرة فقهاء الشريعة الاسلامية ، وأن هذه النظرة قد اقتضت التفرقة في هذا الجدد بين الملك التام ، حيث يكون للمالك منفعة الشيء ورقبته ، والملك الناقص ، حيث يكون له أحد العنصرين أو بعضه دون الآخر . وأخذ بهذا التقسيم سوف نتكلم أولا عن سلطات الملكية التامة ثم عن سلطات الملكية الناقصة .

المبحث الأول : الملكية التامة

المبحث الثاني : الملكية الناقصة

المبحث الاول

الملكية التامة

٣٣ — اذا كان حق الملكية التامة يمتد الى كافة المزايا التي يمكن استخلاصها من الشيء ، فان مثل هذه المزايا يستحيل تعدادها تفصيلا .
لذلك فقد جرى الفقه على ردها الى سلطات ثلاث : الاستعمال والاستغلال والتصرف . ولما كان لفظ الاستغلال يستخدم في معان أخرى في لغة القانون ، كما هو الحال في الكلام عن الاستغلال كعيب من عيوب الرضاء ، وفي الكلام عن الملكية المستغلة ، فانه يحسن استبدال لفظ الاستثمار بلفظ الاستغلال عند الكلام عن سلطات الملكية .

وشمول حق الملكية التامة لهذه السلطات هو الذي يفسر القول الشائع بأن الملكية حق جامع مانع . فهو حق يجمع كل ما يمكن الحصول عليه من الشيء الذي يرد عليه ، وهو حق يمنع غير المالك مما يخول الشيء من مزايا . وقد عبرت المادة ١١ من قانون الملكية العقارية اللبناني عن ذلك بقولها « الملكية العقارية ^(١) هي حق استعمال عقار ما والتمتع والتصرف به . » ، وعبرت المادة ٨٠٢ من التقنين المدني المصري عن نفس المعنى بقولها « لملك الشيء وحده . حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه » .

ويترتب على هذه الخصائص للملكية التامة ، أنه اذا كان من الممكن تقسيم مضمون الملكية بتحويل شخص آخر غير مالك الرقبة سلطة استعمال الشيء أو استثماره ، فان ذلك لا يكون الا بصفة مؤقتة بحيث تعود ملكية

(١) من الواضح أن هذا التعريف الوارد في شأن الملكية العقارية يصح كذلك في شأن الملكية المنقولة .

صاحب الرقعة حتماً فتمتد إلى هذه السلطات . ويترتب على ذلك أيضاً أن مثل هذا التقسيم لابد أن يترتب على سبب من القانون أو من إرادة المالك يتعين على من يدعيه إثباته .

٣٤ — ويقصد بالاستعمال ، في لغة الفقه ، الإفادة المباشرة من المنفعة التي يمكن أن يخولها الشيء في غير ما يمكن استخراجه منه من منتجات أو ثمار . فاستعمال المنزل يكون بسكنه ، واستعمال السيارة يكون بركوبها ، واستعمال الكتاب يكون بقراءته .

ويقصد بالاستثمار ، استخلاص ما ينتج عن الشيء من ثمار لا تمس بجوهره . وليس في القانون اللبناني أو المصري تعريف للثمار ولكن المادة ٩٧٨ من التقنين المدني المصري تبين نوعيها :

١ — ثمار مباشر (مادية) وهي أما أن تتولد عن الشيء ذاتياً ، كالكلأ ومنتجات الماشية ، فتسمى ثماراً طبيعية ، وأما أن تحتاج في تولدها من الشيء إلى عمل الإنسان ، كالمزروعات ، فتسمى ثماراً مستحدثة . وقد أشارت المادة ١٢ من قانون الملكية العقارية اللبناني إلى هذا النوع من الثمار بقسميه عندما قالت « أن ملكية عقار ما تخول صاحبها الحق في جميع ما ينتجه العقار . . سواء أكان . . الانتاج طبيعياً أو اصطناعياً » .

٢ — ثمار غير مباشر (مدنية) ، وهي ما يغله الشيء من دخل نقدي مقابل تخويل الغير الاستفادة المباشرة منه ، كأجرة المنازل والأرض وفوائد النقود المقرضة .

والمهم في كل ذلك أن الثمار تمثل الدخل المنتظم للشيء دون مساس بجوهره ذاته . ولذلك لا يعتبر من قبيل الثمار — التي يشملها الاستثمار

— منتجات الشيء ، وهي ما ينتج منه في غير دورية ويقتطع من جواهره ،
كالاحجار المستخرجة من الحجر والاشجار المقطعة من الغابة (١) .

ويقصد بالتصرف ، استخدام الشيء استخداما يستتفد السلطة المقررة
عليه كلها أو بعضها . وتعريف التصرف على هذا النحو يوضح الفرق
بينه وبين التصرف كرخصة مقررة لصاحب كل حق . فرخصة التصرف
الملازمة لكافة الحقوق ، كحق الانتفاع ، انما ترد على هذه الحقوق دون
أن تمتد الى الشيء المقررة عليه ، بينما التصرف في الملكية يمتد فيشمل
التصرف في الشيء ذاته ، اذ الفرض في الملكية أن الشيء يخضع للتسيطر
الشامل من جانب المالك . وعلى ذلك فالتصرف في الملكية التامة لا يقتصر
على التصرف القانوني المعروف في سائر الحقوق وانما يشمل أيضا
التصرف المادي باستهلاك الشيء أو اعدامه أو تحويله الى صورة أخرى .

٣٥ — على أن هذا التقسيم الثلاثي لما تتضمنه الملكية التامة من مزايا
ومنافع لا يعبر عن الحقيقة في كثير من الاحوال .

١ — فقد يختلط الاستعمال بالاستثمار . فاذا كانت الملكية واردة على
أرض زراعية كان من الصعب التفرقة بين الاستعمال والاستثمار ، اذ أن
استعمال الارض الزراعية لا يكون الا بزراعتها والحصول على ثمارها .

٢ — وقد يختلط الاستثمار بالتصرف . فالتفرقة بين الاستثمار
والتصرف تقوم على أساس أن الاول لا يمس بجوهر الشيء وأن الآخر
يمس بهذا الجوهر ، ومن ثم فان الاستثمار يخول الحصول على ثمار الشيء

(١) حسن كيرة ، بند ٥٧ ، اسماعيل غانم بند ٣٥ ، عبد المنعم فرج الصدة ،
حق الملكية ١٩٦٠ ، بند ٢٠ ، عبد المنعم البدر اوى ، بند ١٦ ، زهدى يكن ،
المرجع السابق ، بند ٨٨ .

دون منتجاته . غير أن التفرقة بين الثمار والمنتجات تليست تفرقة جامدة ، اذ تستطيع الارادة تغيير الوصف القانونى للمنتجات وادخالها فى طائفة الثمار ، اذا ما اتجهت الى اعداد الشيء اعدادا خاصا من شأنه أن يولد منتجاته بصفة دورية منتظمة ، رغم ما يكون فى تولدها من مساس بجوهر الشيء . فالاحجار المقتطعة من الحجر والاشجار المقتطعة من الغابة وان كانت تعتبر من قبيل المنتجات ، الا أنه يكفى اعداد الحجر أو الغابة لانتاج هذه الاحجار أو الاشجار بصفة دورية منتظمة حتى تعتبر من قبيل الثمار .

٣ - وقد يختلط الاستعمال بالتصرف . فاذا كانت الملكية واردة على شيء من الاشياء التى لا تتحمل الاستعمال المتكررة ، كان استعمال الشيء متضمنا للتصرف فيه . فاستعمال النقود أو المواد الغذائية يتضمن فى نفس الوقت التصرف فيها ، اذ أن هذا الاستعمال يترتب عليها استهلاكها .

٣٦ - ونتيجة لهذا الخلط بين سلطات الملكية الثلاث ، الناشئة عن التعريف الضيق لكل من فكرة الاستعمال والاستثمار ، فقد ذهب البعض ^(١) الى تعريف الاستعمال تعريفا واسعا يتضمن استعمال الشيء فى كل ما أعد له ، وفى كل ما يمكن أن يستعمل فيه ، ولو كان هذا الاستعمال يتمثل فى الحصول على ثمار الشيء المباشرة طبيعية كانت أم مستحدثة ، كما فى زراعة الارض للحصول على ثمارها ، أو فى الحصول على منتجاته ، كما فى الحصول على أحجار الحجر أو أشجار الغابة ، أو كان يصل الى استهلاك الشيء ، كما فى المواد الغذائية . ويمكن أن نتلمس فى المادة ١٢ من قانون الملكية العقارية اللبنانى والمادة ٨٠٤ من التقنين المدنى المصرى سندا لهذا التعريف الواسع ، اذ تنص الاولى على أن ملكية عقار ما «تخول صاحبها الحق فى جميع ما ينتجه العقار ، وفى ما يتحد به سواء أكان

(١) السنهورى ، بند ٢٩٩ - ٣٠٥ .

ذلك الاتحاد أو الانتاج طبيعيا أو صناعيا » ، وتنص الثانية على أنه
« للمالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو
اتفاق يخالف ذلك » .

ووفقا لهذا النظر تقتصر سلطة الاستثمار على التعبير عن سلطة تخويل
الغير حق الحصول على ثمار الشيء في نظير مقابل أو على ما يعرف بالثمار
غير المباشرة أو المدنية . أما سلطة التصرف فتقتصر على التصرف القانوني
الناقل للملكية أو للحقوق العينية دون التصرف المادي . فسلطة الاستثمار
تتمثل في عمل قانوني من أعمال الإدارة ، وسلطة التصرف تتمثل في عمل
قانوني من أعمال التصرف بمعناها المألوف .

٣٧ - والواقع أنه إذا تأملنا في الامر فإننا نجد أن سلطة التصرف
القانوني ليست من مضمون حق الملكية وإنما هي رخصة مقرر لصاحب كل
حق وتفترض سلفا استجماع الحق لعناصر وجوده . هذا فضلا عن
أنه لكي تعتبر سلطة التصرف عنصرا في مضمون حق الملكية ، يجب أن
تكون ملازمة لهذا الحق ، والا تتوافر في غيره من الحقوق ^(١) . ولكن
الواقع أن المالك قد يمنع من التصرف القانوني في حقه بنص في القانون
أو بمقتضى شرط ارادى محض في التصرف الذي تلقى عنه حقه ، كما أن
امكانية التصرف القانوني صفة تلازم جميع الحقوق بصفة عامة بما فيها
حقوق الدائنية .

ينبغي إذن ، عند بيان مضمون الملكية التامة ، الاقتصار على سلطة
الاستعمال والاستثمار والتصرف المادي في الشيء المملوك ، سواء أبقينا
على هذا التقسيم الثلاثي لعناصر الملكية التامة أو أخذنا بتقسيم ثنائى

S. Ginossar, op. cit., No. 11.

(١)

يدخل التصرف المادي في الاستعمال . على أنه يلاحظ أن تصوير الملكية التامة على أنها تمتع بسلطات الاستعمال والاستثمار والتصرف لا يقصد به سوى تصوير مدى هذا الاختصاص دون أن تكون له نتيجة عملية معينة في هذا الصدد . وقد يكون من الأدق أن نقول إن المالك يختص بالمنفعة الشيء من ناحية ورقبته من ناحية أخرى ، على نحو ما يذهب إليه فقه الشريعة الإسلامية . فالاختصاص بالمنفعة يعبر عن سلطة التحكم في أوجه الاستفادة من الشيء ، والاختصاص بالرقبة يعبر عن سلطة التحكم في وجوده وكيانه ومصيره . وبذلك تقتصر فائدة التفرقة بين الاستعمال والاستثمار على تحديد نطاق الملكية الناقصة التي لا تشمل سوى منافع الشيء كلها أو بعضها ، أو على تحديد حق الحائز حسن النية في الثمار كما سيأتي الكلام عليه في موضعه (١) .

وسلطات الملكية ، على هذا النحو ، تثبت للدولة والأشخاص المعنوية العامة والمشروعات العامة ، على الأشياء المملوكة لها ، كما تثبت للأفراد على ملكهم . فلهذه الأشخاص جميعا استعمال الأشياء المملوكة لها استعمالاً مباشراً سواء كانت مملوكة لها ملكية خاصة أو كانت مملوكة لها ملكية عامة كما في استعمالها للطرق والكبارى والموانى وغيرها ، ولها الحصول على ثمارها المباشرة ، ولها تخويل الغير الانتفاع بها بمقابل تحصل عليه كثمار

(١) قارب محمد مهدي الجام (المرجع السابق ، ص ٥٨) حيث يقول بضد التقسيم الثلاثي لسلطات المالك :

« On sépare deux facultés de même nature : jus utendi et jus fruendi; faculté d'avoir les fruits (naturels ou civils) de la chose; et on réunit deux facultés distinctes dans une seule et même faculté : jus abutendi qui emporte la consommation matérielle de la chose et sa consommation juridique ».

مدنية ، كما في السكك الحديدية والتليفونات التي تأتي بربح وفسير للدولة ، ولها التصرف فيها تصرفا ماديا ، كما لو كان الشيء بناء تهدمه .

على أنه يلاحظ بالنسبة للأشياء المخصصة للمنفعة العامة ، أن حق الدولة وغيرها من الأشخاص المعنوية العسامة أو المشروعات العامة في استعمالها واستثمارها والتصرف فيها مقيد بالغرض المخصص له الشيء . فإذا كانت هذه الأشياء مخصصة للاستعمال المباشر للجمهور مثلا ، كالطرق والكبارى فإن استعمال الدولة لا يحول دون استعمال الجمهور لها . وتخويل الافراد الانتفاع بهذه الأشياء ، عن طريق الايجار مثلا ، مشروط بعدم تعارض هذا الانتفاع مع المنفعة العامة ويجب انهاء اذا أصبح متعارضا معها ^(١) . والتصرف في هذه الأشياء منوط بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة على نحو ما سبق أن رأيناه .

٣٨ — وإذا كان للمالك أن يستعمل ملكه وأن يستثمره وأن يتصرف فيه فالاصل أن له أن يقعد عن استعماله أو استثماره أو التصرف فيه فله ألا يستعمل منزله أو أرضه أو سيارته أو ألا يؤجرها ، دون أن يتصرف فيها . ولكن الواقع أن هذه الحرية ليست الا أثرا من آثار المذهب الفردي ، لم يعد متفقا مع المذهب الاجتماعي الذي ينحصر فيه تبرير الملكية فيما تقدمه من نفع اجتماعي . ومن المؤكد أن قعود المالك عن مباشرة سلطاته يضر بصالح المجتمع عن طريق تعطيل ثرواته . لذلك كثيرا مايتدخل المشرع لاجبار المالك على استثمار ملكه أو يقضى بسقوطه عنه جزاء لعدم استعماله له . فالمادة ١١ من قانون ايجار الاماكن المصري رقم (١٢١) لسنة ١٩٤٧ تنص على أنه « لا يجوز ابقاء المساكن المعدة للاستغلال خالية مدة

(١) محمد زهير جرانه ، ص ١٢٤ وما بعدها ، السنهوري ، بند ٦٩ .

تزيد على ثلاثة أشهر إذا تقدم لاستئجارها مستأجر بالاجرة القانونية » .
والمادة ٣/١٤ من قانون الإصلاح الزراعي في مصر تقرر إسقاط ملكية
من وزعت عليه الأرض وفقا لأحكامه ، إذا أخل بواجب العناية بزراعتها
خلال خمس سنوات من تاريخ العقد النهائي .

والمادة ٣/٨٧٤ من القانون المدني المصري الجديد (قبل الغائها بالقانون
رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤) كانت تجيز لمن يضع يده على الأرض غير المزروعة
والتي لا يملكها أحد من الأفراد ، فيقوم بزراعتها أو غرسها أو البناء
عليها ، أن يملكها ، ولكنها كانت تسقط ملكيته لها إذا لم يستمر في استعمالها
مدة خمس سنوات متتالية خلال السنوات الخمس عشرة التالية للتملك .

كذلك كثيرا ما يتدخل المشرع لإجبار المالك على التصرف في ملكه تصرفا
ماديا ، كما في إجباره على هدم المباني الآيلة للسقوط مثلا .

المبحث الثاني

الملكية الناقصة

(الحقوق العينية الأصلية على ملك الغير)

٣٩ — قد يخول المالك شخصا آخر حقا عينيا أصليا على الشيء المملوك
له ملكية تامة ، بتحويله الحصول على منفعته كلها أو بعضها مدة معينة أو
بتحويله مجرد ارتفاق عليه . ومثل هذا الحق ينتقص على هذا النحو من
تسلط صاحب الشيء لصالح صاحب هذا الحق العيني على نحو يصبح
معه لكل من الاثنين نوع من الملكية الناقصة على الشيء .

ويؤخذ من المادة العاشرة من قانون الملكية العقارية بالاضافة الى قرار
المفوض السامي سالف الذكر أن الحقوق العينية الأصلية التي تعتبر من
قبيل الملكية الناقصة في لبنان هي حق السطحية وحق الانتفاع وحق

الافضلية على الاراضى الخالية المباحة وحق الارتفاق والوقف والاجارتين
والاجارة الطويلة والخيار الناتج عن الوعد بالبيع وحق المساقاة .

وسوف لا نتعرض للاجارتين أو الاجارة الطويلة نظرا لالغائهما . فقد
ألغيت الاجارتين بمقتضى المادة ٣٥ من قانون تنظيم الوقف الذرى الصادر
فى ١٠ آذار ١٩٤٧ (١) . أما الاجارة الطويلة فقد قصرها قانون الملكية
العقارية نفسه بمقتضى المادة ١١٤ منه على المقاطعة ، ثم قام قانون تنظيم
الوقف الذرى سالف الذكر بإلغاء المقاطعة كذلك فى المادة ٣٥ منه .

وبالمثل سوف نستبعد حق السطحية نظرا لعدم أهميته الكبيرة بعد أن
نصت المادة ٣١ من قانون الملكية العقارية على أنه « لا ينشأ حق سطحية
اعتبارا من تاريخ اذاعة هذا القرار » .

كذلك فسوف لا نتعرض للوقف أو الخيار الناتج عن وعد بالبيع نظرا
لسبق التعرض لهما فى أماكن أخرى من الدراسة القانونية .

وأخيرا فسوف نعرض حق الافضلية على الاراضى الخالية المباحة عند
دراسة حق التصرف بالعقارات الخالية ، باعتبار أن هذه الافضلية ليست
فى الواقع سوى تمهيد لاكتساب حق التصرف المذكور .

على هذا النحو تقتصر دراستنا للملكية الناقصة فى القانون اللبنانى على
الانتفاع والتصرف والارتفاق والمساقاة .

أما فى مصر فقد نظم المشرع من حقوق الملكية الناقصة حق الانتفاع وحق
الاستعمال والسكنى وحق الحكر وحق الارتفاق . ويلاحظ فى هذا الشأن
اشتراك القانون اللبنانى والمصرى فى كل من حق الانتفاع وحق الارتفاق
واختلافهما فى بقية الحقوق . فالقانون اللبنانى ينظم حق التصرف الذى

لا مقابل له في القانون المصري . والقانون المصري ينظم حق الاستعمال
وحق السكنى اللذين لا مقابل لهما في القانون اللبناني ، وإن كان هذا الأخير
لا ينفر من تقريرهما بالرغم من عدم تنظيمهما لهما ، إذ ما دام هذا القانون
يعترف بحق الانتفاع الذي يخول من يتقرر له استعمال الشيء واستثماره
فهو يعترف من باب أولى بحق الاستعمال وحق السكنى اللذان لا يخولان
سوى سلطة الاستعمال ويعتبران من مشتقات حق الانتفاع .

وأخيرا فإن حق الحكر المقرر في القانون المصري لم يعد قائما في القانون
اللبناني ، وحق المساقاة المقرر في القانون اللبناني غير موجود في القانون
المصري ، ومع ذلك فهذا الحقان متشابهان .

على هذا النحو فإن دراستنا للملكية الناقصة سوف تتناول حق التصرف
وحق الانتفاع ومشتقاته وحق الارتفاق وحق المساقاة .

المطلب الأول : التصرف

المطلب الثاني : الانتفاع ومشتقاته .

المطلب الثالث : الارتفاق

المطلب الرابع : المساقاة .

المطلب الأول

التصرف

٤٠ — التصرف حق عيني تعرفه بعض الدول المنسلخة عن السلطنة
العثمانية كالقانون اللبناني ، لا مقابل له في القوانين الغربية أو القوانين
المأخوذة عنها كالقانون المصري . ويرجع هذا الحق من الناحية التاريخية

الى أن الاراضى كانت معتبرة ملكا للسلطان العثمانى ، وكان هذا السلطان يقسمها الى مقاطعات يطلق عليها الزعامات والتيارات ويمنحها لكبار قواده وموظفيه طوال حياتهم ، وكان هؤلاء يعهدون بدورهم بهذه المقاطعات الى الافراد لزراعتها . فلما الغى نظام الاقطاعات المتمثل فى الزعامات والتيارات أصبحت العلاقة مباشرة بين السلطان وبين المزارعين بصدد هذه الارض بمقتضى قانون الاراضى عام ١٨٥٨ . وبمقتضى هذه العلاقة كانت ملكية الرقبة للسلطان وكان للأفراد مجرد حق انتفاع شخصى بالارض لا يخول لهم بيعها ولا يحول بين السلطان وبين انتزاعها منهم فى أى وقت . غير أن هذا الحق المخول للأفراد لم يلبث أن اتسع مضمونه فتقرر امكان انتقاله بالوفاة الى أقارب المنتفع حسب نظام معين ، وخول المنتفع حق بيع الارض محل الانتفاع بعد استئذان السلطان كما خول الحق فى غرسها واجراء التأمين عليها ، وخول للدائنين حق التنفيذ عليها ، بحيث صار هذا الحق حقا عينيا يتجاوز فى مضمونه حق الانتفاع وان لم يبلغ هذا المضمون مضمون الملكية التامة نظرا لبقاء الرقبة للسلطان . وقد جاء المشرع اللبنانى فأقر هذا الوضع فى جملة بالنسبة للاراضى الاميرية ، فجعل رقبة هذه الاراضى للدولة وجعل للأفراد حقا عليها سماه حق التصرف فى الاراضى الاميرية^(١) .

وقد خصص المشرع اللبنانى لتنظيم هذا الحق المواد من ١٤ — ١٩ فى الفصل الثانى من الباب الثانى من قانون الملكية العقارية ، بالاضافة الى

(١) راجع فى هذا الشأن جان باز ، القانون العقارى اللبنانى ، ١٩٦٨ ، ص ٤٥ وما بعدها .
ويلاحظ أن تسمية هذا الحق بحق التصرف ليست تسمية موفقة نظرا لما تثيره من خلط فى الذهن بين هذا الحق — بكامل سلطاته — وبين سلطة التصرف التى تعتبر احدى السلطات التى تثبت للمالك كمظهر لملكية الرقبة .

المواد ٢٣٤ - ٢٣٦ من هذا القانون الخاص باكتساب حق التصرف بالعقارات الخالية عن طريق الاستيلاء أو الاشغال .

تعريف التصرف وخصائصه

٤١ - وتعرف المادة ١٤ من قانون الملكية العقارية حق التصرف بقولها : « التصرف هو حق استعمال عقار ما والتمتع والتصرف به ضمن الشروط المعينة في أحكام هذا القرار ، وضمن حدود القوانين والانظمة ولا يجرى هذا الحق إلا على العقارات الاميرية » .

ويلاحظ على هذا التعريف أنه يطابق التعريف الذي أورده المشرع اللبناني للملكية (التامة) في المادة ١١ من نفس قانون الملكية العقارية ، اللهم الا فيما يتعلق بورود الملكية على الاراضى الملك وورود التصرف على الاراضى الاميرية ، مما قد يوحي الى الذهن أن حق التصرف هو نوع من الملكية التامة كحق الملكية الذى يرد على اراضى الملك سواء بسواء ، ولكن الواقع أن ملكية الرقبة فى الاراضى الاميرية المحملة بحق التصرف تظل للدولة بمقتضى المادة السادسة من نفس القانون على نحو تتوزع معه سلطات الملكية التامة بين الدولة وبين صاحب حق التصرف بحيث يكون حق التصرف نوعا من الملكية الناقصة .

كذلك يلاحظ أن هذا التعريف يخول صاحب حق التصرف سلطة التصرف بالعقار بالاضافة الى سلطة الاستعمال وسلطة الاستثمار مما يوحي بأن صاحب حق الانتفاع يتمتع بجميع الميزات التى يتمتع بها صاحب حق الملكية التامة ، ولكن الواقع أن الميزات التى تخولها سلطة التصرف فى حق انتصرف أضيق من الميزات التى تخولها سلطة التصرف فى حق الملكية التامة ، على نحو يظل معه حق الملكية من حيث الميزات التى يخولها لصاحبه أقل من حق الملكية التامة .

• وجق التصرف على هذا النحو السابق يعتبر حقا عينيا ، اذ يخول لصاحبة سلطات على العقارات الاميرية محل حقه تجعله تحت تسلطه المباشر بحيث يستطيع اقتضاء الميزات الداخلة في مضمون حقه دون حاجة الى سلطة أحد . لذلك فقد أدرجه المشروع اللبناني صراحة في الحقوق العينية عند تعدادها في المادة السادسة من قانون الملكية العقارية .

• وجق التصرف باعتباره نوعا من الملكية الناقصة يعتبر دائما حقا مؤقتا على خلاف حق الملكية (التام) الذي يتميز بخصيصة الدوام . لذلك فقد عني المشرع بالنص على سقوط هذا الحق بعدم الاستعمال أسوة ببقية حقوق الملكية الناقصة وخلافا لحق الملكية التامة ووضع لهذا السقوط أحكاما خاصة تناسب الغرض من تقريره خروجاً على القواعد العامة في التقادم المسقط .

محل التصرف :

٤٢ — وجق التصرف لا يرد بمقتضى المادة الحادية عشر من قانون الملكية العقارية الا على العقارات الاميرية . فهو لا يرد الا على العقارات دون المنقولات ، فيختلف بذلك عن حق الملكية (التامة) الذي يرد على العقار والمنقول على حد سواء . وهو لا يرد الا على العقارات الاميرية دون سواها من العقارات ، فيتميز بذلك عن حق الملكية التامة وبقية الحقوق العينية الاصلية الاخرى ، غير حق التصرف ، التي ترد على العقارات الملك .

ويتم انشاء حق التصرف على الاراضى الاميرية التي جرى التعرف اليها أو تحديدها باذن من الحاكم المنفرد في المنطقة طبقا لحكم المادة ٤٦ من القرار ١٨٦ لصادر في ١٥/٣/١٩٢٦ والمعدل بالقرار ٤٤/ل.ر. بتاريخ ٢٠/٤/١٩٣٢ . أما الاراضى الاميرية التي لم يتم التعرف اليها أو تحديدها

والمعروفة باسم « العقارات الخالية المصلحة » أو « الاراضى الموات »
فيتم انشاء حق التصرف عليها (م ٩ من قانون الملكية العقارية) بمقتضى
نظام آخر وضعت أحكامه المواد ٩ و ٢٣٤ و ٢٣٥ من قانون الملكية العقارية .
ويخول هذا النظام لأول من يستولى على أرض من هذه الاراضى بموجب
رخصة قانونية من الدولة حق أفضلية فى اكتساب حق التصرف بها ، فاذا
ما قام باحياء هذه الارض واصلاحها فانه يحق له اكتساب حق التصرف بها
وتسجيله بعد انقضاء ثلاث سنوات على هذا الاستيلاء . وسوف نعود
الى تفصيل هذا الموضوع عند الكلام فى مصادر الملكية .

مضمون التصرف :

٤٣ — بين المشرع اللبنانى مضمون حق التصرف بصفة عامة عند
تعريفه لهذا الحق . فقد قررت المادة ١٤ من قانون الملكية العقارية أنه
يشمل سلطات الاستعمال والاستثمار والتصرف على نحو يجعل مضمون
هذا الحق نفس مضمون حق الملكية (التامة) . ومع ذلك فمضمون حق
التصرف أضيق من مضمون حق الملكية (التامة) ، اذ أن هذا الحق لا يشمل
ملكية الرقبة التى تظل للدولة صاحبة الارض الاميرية التى تقرر عليها حق
التصرف على نحو ما يقرره المشرع اللبنانى صراحة فى المادة السادسة من
نفس القانون .

وعلى ذلك فاذا كانت المادة الرابعة عشر تعتبر أن من سلطات صاحب
حق التصرف سلطة التصرف فلا يجب أن يفهم من ذلك أن له سلطة التصرف
المعروفة فى الملكية التامة بمداها الذى يتناول التصرف فى رقبة العقار نفسه،
وانما مجرد سلطة التصرف فى مضمون حق التصرف نفسه تصرفا لا يمس
حق الدولة فى الرقبة . وبذلك تكون سلطة التصرف الثابتة لصاحب حق
التصرف هى نفس السلطة التى تثبت لصاحب كل حق فى التصرف فى حقه، فى
حدود هذا الحق . تطبيقا لذلك فقد نصت المادة السابعة عشر من قانون

الملكية العقارية صراحة على حرمان صاحب حق التصرف من انشاء وقف على العقار الذي يتحمل بحقه لما يحمله الوقف من معنى التصرف في رقبة العقار ذاتها ، ذلك التصرف الذي يثبت للدولة وحدها باعتبارها صاحبة رقبته . وتطبيقا لذلك أيضا اذا استملك عقار أميرى كان لصاحب حق التصرف به تعويض عن المنفعة وكان التعويض عن الرقبة للدولة وحدها من دونه .

والواقع أن مضمون حق التصرف — رغم ما يظهر من نص المادة الرابعة عشر من قانون الملكية العقارية — يشبه الى حد كبير مضمون حق الانتفاع فيقتصر أساسا على الحصول على منفعة العقار بما تخوله هذه المنفعة من سلطة استعماله واستثماره . ولذلك فليس لصاحب حق التصرف سوى الحصول على ثمار العقار دون منتجاته ، لما يحمله الحصول على المنتجات من معنى الانتقاص من مادة الشيء وجوهره والتعدي بالتالى على رقبته التى تظل كما قلنا للدولة . ولم يخرج المشرع اللبناني على هذا الاصل الا فيما خوله لصاحب حق التصرف من استخراج مواد البناء والتصرف فيها رغم أنها تعتبر من قبيل المنتجات التى تقتطع من مادة العقار وجوهره . على هذا النحو حددت المادة السادسة عشر من قانون الملكية العقارية سلطات صاحب حق التصرف بقولها « لصاحب حق التصرف بالارض أن يغرس فيها ما شاء من الاغراس وأن يبنى ما شاء من الابنية وأن يجرى فيها حفريات الى أى عمق يشاء وأن يستخرج من هذه الحفريات كل ما يشاء من مواد البناء وأن يتصرف بهذه المواد بملء حريته ، ما خلا جميع المنتوجات الاخرى ، وكل ذلك ضمن التقيدات المفروضة بالقوانين والقرارات والانظمة » .

انتقال التصرف بوفاة المتصرف :

٤٤ — ورغم أن حق التصرف كان فى الاصل نوعا من الانتفاع الشخصى

الذى ينتهى بوفاة المنتفع إلا أن التطور كما سبق أن أوضحنا قد انتهى إلى تقرير انتقاله بالوفاة طبقاً لنظام خاص يختلف عن النظام العام في الارث، على نحو يباعد بينه وبين حق الانتفاع من هذه الناحية •

وقد بين قواعد انتقال هذا الحق فيما يتعلق بالمحمدين قانون انتقال الاموال الاميرية الصادر في ٢١ شباط عام ١٩١٢ • ولم يتبع هذا القانون قواعد الشريعة الاسلامية المعمول بها بالنسبة لميراث الارض الملك سواء في تحديد المستحقين أو في تعيين أنصبتهم أو في بيان مراتبهم • وأهم ما يتميز به هذا القانون هو التسوية بين الذكر والانثى وإيجاد حق الخلفية أو التمثيل • وقد جاء قانون ٢٣ حزيران ١٩٩٩ المتعلق بآرث غير المحمدين فأخذ بهاتين القاعدتين الأساسيتين دون أن يلغى القانون السابق الخاص بالمحمدين •

سقوط التصرف بعدم الاستعمال :

٤٥ — ولما كان حق التصرف يعتبر على النحو السابق بيانه من حقوق الملكية الناقصة فإنه يسقط كما قدمنا بعدم الاستعمال كما هي القاعدة في الملكية الناقصة خلافاً للملكية التامة التي لا تسقط بعدم الاستعمال وفقاً للقانون الوضعي •

وقد اخضع المشرع اللبناني سقوط حق التصرف بعدم الاستعمال لقواعد خاصة تختلف عن القواعد العامة في سقوط الحقوق بعدم الاستعمال وقد راعى المشرع اللبناني في وضعه لهذه القواعد أن تكون مناسبة لطبيعة هذا الحق والغرض من تقريره للأفراد مع بقاء ملكية الرقبة للدولة ، على نحو يخول لهذه الأخيرة مراقبة استعمال هذا الحق والتأكد من قيام المتصرف بواجباته في زراعة الارض أو احيائها بحسب الاحوال •

ويفرق المشرع اللبناني في هذا الشأن بين حق التصرف المكتسب على الاراضى الاميرية التى تم التعرف عليها أو تحديدها بمقتضى تفويض من الدولة وبين حق التصرف المكتسب على الاراضى الاميرية التى لم يتم التعرف عليها أو تحديدها ، وهى الاراضى الخالية أو الموات ، عن طريق الاستيلاء أو الاحياء .

فأما حق التصرف المكتسب على الاراضى الاميرية التى تم التعرف عليها أو تحديدها بمقتضى تفويض من الدولة فيسقط ، وفقا للمادة التاسعة عشر من قانون الملكية العقارية ، « بعدم زراعة الارض أو بعدم استعمالها مدة خمس سنوات » . وقد كان قانون الاراضى الذى حل محله هذا القانون يشترط لاعمال السقوط أن يكون ترك استعمال الارض أو اهمال حراثتها المدة المطلوبة بدون عذر . وقد يفهم من اطلاق نص المادة التاسعة عشر من قانون الملكية العقارية الحالى أن المشرع عدل عن هذا الشرط وجعل السقوط جزاء لعدم زراعة الارض أو استعمالها أيا ما كان سبب ذلك . غير أن الواقع أنه من الممكن تطبيق نظرية التعسف فى استعمال الحق فى هذا الشأن للحيولة بين الدولة وبين التمسك بسقوط حق التصرف بعدم الاستعمال المدة المقررة كلما كان هناك عذر أو مبرر مشروع لعدم الاستعمال لدى صاحب حق التصرف .

ويلاحظ أن سقوط حق التصرف بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات يفترض أن يكون عدم الاستعمال خلال خمس سنوات متتابة ، فلا يكفى عدم استعمالها فى فترات متقطعة ولو بلغ مجموع هذه الفترات خمس سنوات أو أكثر . والواقع ان اثبات عدم استعمال الارض أو زراعتها مدة خمس سنوات متتالية ليس أمرا سهلا خاصة وأن المشرع لم يضع نظاما اداريا معيناً يمكن من هذا الاثبات . لذلك يبدو أنه لم يتح تطبيق هذا السقوط الا بصفة عرضية وبمناسبة اجراء عمليات التحديد والتحرير اللازمة لمسح

الاراضى تمهيدا لقيدها في السجل العقارى ، اذ كان القيد لصالح المتصرف يرفض اذا تبين أن الارض محل التصرف كانت متروكة دون استعمال مدة خمس سنوات فأكثر (١) .

وأما حق التصرف المكتسب على الاراضى الخالية أو الموات التى لم يتم التعرف عليها أو تحديدها ، عن طريق الاستيلاء أو الاحياء فقد نصت المادة ٢٣٥ من قانون الملكية العقارية على سقوطه « اذا امتنع (المتصرف) بعد التسجيل أو فى اثناء السنين التالية عن استعمال حقه مدة ثلاث سنوات متوالية » .

وواضح أن مدة السقوط فى هذا النوع من الاراضى الاميرية أقصر من مدة السقوط فى النوع الاول منها والتى تبلغ خمس سنوات . ومثل هذا الاختلاف فى المدة مفهوم على أساس أن الاراضى الخالية أو الموات التى يكتسب فيها التصرف بالاستيلاء أو الاحياء هى أراض بور تحتاج الى جهد مستمر لتعميرها ، مما يبرر تقصير مدة سقوطها بعدم الاستعمال حثا لصاحب التصرف عليها فى مواصلة هذا الجهد .

ونص المادة ٢٣٥ من قانون الملكية العقارية المذكورة صريح فى عدم تطبيق جزاء السقوط بعدم الاستعمال مدة ثلاث سنوات اذا انقضت عشر سنوات على تسجيل حق التصرف ، مما يوحى بأن حق التصرف بالاراضى الخالية أو الموات يصبح بمأمن من السقوط بعدم الاستعمال بانقضاء عشر

(١) انظر فى هذا الشأن

Bichara Tabbah, Propriété privée et registre
foncier, t. I, 1947, No. 101

وانظر أيضا جان باز ، المرجع السابق ، ص ٥٥

سنوات على تسجيله دون تعرضه للسقوط خلال هذه المدة ، خلافا لحق التصرف الوارد على الاراضى التى تم التعرف عليها أو تحديدها الذى يظل باستمرار معرضا للسقوط بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات • وقد ذهب الى هذا المعنى بعض الفقه اللبناني بالرغم من انتقاده لهذا المسلك الذى اتخذه المشرع (١) .

ومع ذلك فقد ذهب رأى آخر ، نراه أولى بالتأييد ، الى أن حق التصرف المكتسب على الاراضى الخالية أو الموات عن طريق الاستيلاء أو الاحياء ، اذا ظل قائما بعد مضي عشر سنوات على تسجيله دون أن يتعرض للسقوط طبقا لحكم المادة ٢٣٥ من قانون الملكية العقارية ، فانه يخضع بعد ذلك لحكم المادة ١٩ من نفس القانون بحيث يكون قابلا للسقوط اذا ترك دون استعمال طوال خمس سنوات متوالية (٢) فضلا عن أن القول بعدم تعرض حق التصرف على الاراضى الخالية أو الموات للسقوط اذا انقضت عشر سنوات دون سقوطه يؤدي الى تسويته — وهو حق ملكية ناقصة — تسوية غير مقبولة بحق الملكية التامة في خاصية الدوام ، ويجعله بالتالى أقوى من حق التصرف الوارد على الاراضى الاميرية التى تم التعرف عليها وتحديدها ، فان نص المادة ١٩ من قانون الملكية العقارية يعتبر النص العام فيما يتعلق بسقوط حق التصرف بعدم الاستعمال بينما يعتبر نص المادة ٢٣٥ من نفس القانون مجرد نص خاص • وعلى ذلك فيجب — وفقا للقواعد العامة في التفسير — قصر تطبيق المادة ٢٣٥ ، وهى النص الخاص ، على النطاق الزمنى الذى حددته لنفسها بحيث تسترد المادة ١٩ ، وهى النص

(١) في هذا المعنى

Bichara Tabbah, Propriété privée et registre, t. II, 1952, No. 695 et 696.

(٢) في هذا المعنى حسن كيره ، الدروس المشار اليها سابقا ، ص ٢٦٦ . وفي نفس المعنى فيما يتعلق بالقانون السوري الذى يتضمن نصوصا مماثلة انظر : مأمون الكزبرى ، القانون المدنى ، الحقوق العينية ، ١٩٥٩ ، بند ٤٣٧

العام ، ولايتها خارج هذا النطاق وبحيث يصير تطبيقها على حق التصرف في الاراضى الخالية أو الموات فيكون معرضا للسقوط بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات اذا استمر مدة عشر سنوات منذ تسجيله دون أن يسقط خلال هذه المدة بعدم الاستعمال مدة ثلاث سنوات •

وخضوع حق التصرف في الاراضى الخالية أو الموات في سقوطه بعدم الاستعمال لقاعدتين متعاقبتين على هذا النحو يبرره كون هذه الارض في البداية في حاجة الى جهد مستمر للخروج بها من حالة الموات مما دعى المشرع الى تقصير مدة السقوط في البداية حثا لصاحب الحق على مواصلة جهده في اعمارها ، فاذا ما تم اصلاحها على هذا النحو واصبحت كالاراضى الاخرى العامة منذ البداية أمكن بعد ذلك اخضاعها للقاعدة العامة في شأن سقوط حق التصرف •

٤٦ - على هذا النحو يتضح أن حق التصرف ليس حق ملكية تامة كما يوهم تعريف المشرع اللبناني له ، ولا يجب الجمع بينه وبين هذا الحق في الدراسة على نحو ما يفعل الفقه اللبناني ، وانما هو أقرب الى حق الانتفاع ويجب أن يدرس في الملكية الناقصة شأنه شأن هذا الحق الاخير •

ومع ذلك فيظل الفارق واضحا بين حق التصرف وحق الانتفاع من نواح متعددة • فهو من حيث مضمونه أوسع بعض الشيء من مضمون حق الانتفاع بما يخول من الحصول على بعض المنتجات التى لا يخولها حق الانتفاع بحيث يقف من هذه الزاوية في مركز وسط بين الملكية التامة وحق الانتفاع • وهو فوق ذلك يتميز بقابليته للانتقال بالوفاة خلافا لحق الانتفاع الذى ينتهى حتما بوفاة المنتفع •

المطلب الثاني

الانتفاع ومشتقاته

تعريف الانتفاع وخصائصه :

٤٧ - لم يعرف المشرع المصري حق الانتفاع . أما المشرع اللبناني فقد عرفه في المادة ٣٢ من قانون الملكية العقارية بقوله « الانتفاع حق عيني باستعمال شيء يخص الغير وبالتمتع به ... » ويمكن القول بصفة عامة ان حق الانتفاع سواء في القانون المصري أو في القانون اللبناني هو حق عيني يخول شخصاً معيناً الحصول على منفعة شيء أو حق للغير (١) .

وهذا الحق ينشأ ، كما سوف نراه ، بتصرف قانوني ، كالعقد أو الوصية ، أو بواقعة قانونية ، كالشفعة أو الحيازة (٢) . ولكن أياً ما كانت طريقة اكتساب الانتفاع فهو حق مؤقت ، مآله الى الانقضاء ، بحيث تعود المنفعة لمالك الرقبة ، فتجتمع له كل عناصر الملكية من جديد . فحق الانتفاع ، طبقاً للمادة ٩٩٣ / ١ من التقنين المدني المصري ، أما أن يتقرر لاجل معين فينقضي بانتهاؤه أو بموت المنتفع ولو لم ينته هذا الاجل ، وأما أن يتقرر دون تحديد أجل منه فيعتبر مقرراً لمدي حياة المنتفع وينقضي بموته ، وهو طبقاً للمادة ٣٢ من قانون الملكية العقارية اللبناني « يسقط حتماً بموت المنتفع ... »

ولما كان حتى الانتفاع بطبيعته حق مؤقت ، فقد نصت المادة ٩٩٥ من التقنين المدني المصري على سقوطه بعدم

(١) يعرف مشروع القانون المدني الجديد في مصر حق الانتفاع بقوله « الانتفاع حق عيني يخول صاحبه استعمال عقار أو منقول أو حق للغير واستغلاله » .

(٢) يلاحظ أن الانتفاع ينشأ أيضاً في القانون الفرنسي بنص القانون ، وتوجد تطبيقات هذا المصدر في نظام الميراث وفي النظام المالي للزوجين .

الاستعمال مدة خمسة عشر سنة (١) . ويجب الأخذ كذلك بمبدأ سقوط هذا الحق بعدم الاستعمال في القانون اللبناني رغم خلو من نص يقرره ، نظرا لكون هذا السقوط نتيجة منطقية لصفة التأقيت التي نص عليها المشرع اللبناني صراحة في المادة ٣٢ من قانون الملكية العقارية المشار اليه .

وحق المنتفع حق عيني لانه يرد مباشرة على الشيء . ولذلك يكون للمنتفع تتبع الشيء في أي يد يكون لاقتضاء حقه منه ، كما يكون له أن يستبعد كل مزاحمة من الغير في حدود مضمون حقه .

والمنتفع باعتباره صاحب حق على منفعة الشيء يستطيع التصرف في حقه ككل صاحب حق ، ولكنه لا يستطيع التصرف في الشيء ذاته ، إذ أن حقه قاصر على المنفعة دون الرقبة (٢) .

ويلاحظ أن المادة ٣٢ من قانون الملكية العقارية اللبناني تنص صراحة على أنه « ... لا يجوز انشاء حق الانتفاع لصالح اشخاص معنويين » مما لا مقابل له في القانون المصري أو في القانون الفرنسي الذي استقى منه المشرع اللبناني احكام حق الانتفاع . ولعل المشرع اللبناني قد قصد من هذا النص الحيلولة دون اطالة مدة الانتفاع الى الحد الذي يجعله في حكم الحق المؤبد كالوقف ، بالنظر الى طول حياة الاشخاص المعنوية . ومع ذلك فقد كان من الاجدر اتباع مسلك المشرع الفرنسي في هذا الشأن باجازه ترتيب حق الانتفاع لصالح الاشخاص المعنوية مع تحديد مدة قصوى له (٣) .

(١) وحق الانتفاع ينتهي كذلك باتحاد المالك ، كما ينتهي بهلاك الشيء محل الانتفاع . على أنه اذا استحق تعويض أو تأمين عن الهلاك كان للمنتفع أن ينتفع به بقية مدة الانتفاع . وقد يحكم بسقوط الانتفاع على سبيل الجزاء ، كما سوف نراه .

(٢) ينص مشروع التقنين المدني الجديد في مصر على أنه : « ١ — للمنتفع أن يتصرف في حقه مالم يكن ممنوعا من ذلك — ٢ — وفي حالة التصرف في حق الانتفاع يكون المنتفع الاصلى مسئولا قبل مالك الرقبة عن قيام المتصرف اليه بالتزاماته مالم يقبل مالك الرقبة التصرف » .

(٣) تتحدد هذه المدة في القانون الفرنسي بثلاثين سنة على الاكثر .

محل الانتفاع :

٤٨ — والانتفاع يرد على العقار والمنقول بسواء في القانون المصري. أو اللبناني رغم أن هذا الأخير لم يتعرض للانتفاع إلا بصدد العقارات في قانون الملكية العقارية^(١) ، وسواء كان المنقول ماديا أم معنويا ، كما يرد على الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية^(٢) . على أن الانتفاع إذا ورد على أشياء قابلة للاستهلاك فإنه يتضمن بالضرورة التصرف فيها . لذلك فإن الانتفاع بمثل هذه الأشياء معناه في الواقع نقل ملكيتها للمنتفع مع التزامه برد مثلها أو قيمتها عند نهاية الانتفاع^(٣) .

وإذا ورد الانتفاع على منقول غير مادي أو على حق من الحقوق الشخصية فقد سبق أن رأينا ما يثيره من صعوبة نتيجة عدم تصور حق عيني يرد على شيء معنوي أو على حق شخصي يتمثل في دين معين^(٤) . ولكن إذا سلمنا بأن الملكية ليست سوى التعبير عن علاقة التبعية بين شخص وشيء من الأشياء ماديا كان هذا الشيء أو معنويا ، وأن الحق العيني ليس إلا التزاما عينيا ، فإنه يكون من السهل تصور ورود الانتفاع على الأشياء المعنوية^(٥) .

(١) في هذا المعنى زهدى يكن ، المرجع السابق ، ج ٢ ، بند ٢٣٥ ، البير فرحات القانون المدني ، الاموال (على الآلة الكاتبة) ، ص ٣١٩ .

(٢) عكس ذلك أنظر حسن كيره ، دروس في الحقوق العينية الأصلية السابق الإشارة إليها ، ص ٤٤ — ٤٦ ص ٢٧١ .

(٣) وقد نص مشروع القانون المدني المصري الجديد على أنه «إذا اشتمل الانتفاع على أشياء قابلة للاستهلاك جاز للمنتفع أن يستعملها بشرط أن يرد قيمتها عند نهاية الانتفاع وفق التقدير المتفق عليه ، فإن لم يكن هناك تقدير متفق عليه كان للمنتفع الخيار بين أن يدفع قيمة هذه الأشياء أو أن يرد بدلها . في هذا الصدد راجع : عبد المنعم البدرأوى ، بند ٢١٨ وما بعده ،

S. Ginossar, op. cit., No. 54; Carbonnier, Droit civil, T. II, p. 104.

(٤) راجع ما تقدم بند ١٠ .

(٥) في الانتفاع بالأشياء المعنوية راجع : عبد المنعم البدرأوى ، بند ٢٢١ وما بعده ،

Marty et Raynaud, T. 3, No. 68 et ss.

مضمون المنتفع :

٤٩ — ومادام للمنتفع الحق في الحصول على منفعة الشيء فإنه يكون له استعماله كما يكون له استثمار .

ولكن المنتفع اذا كان له الاستعمال مثله في ذلك مثل المالك ملكية تامة ، فهو مقيد في استعماله بالغرض المخصص له الشيء دون أن يكون له التغيير في تخصيصه ، خلافا للمالك ملكية تامة الذي له أن يستعمل الشيء في أى وجه أراد . على هذا النحو قررت المادة ٩٨٨ من التقنين المدنى المصرى أن « على المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته التى تسلمه بها وبحسب ما أعد له وأن يديره ادارة حسنة » .

واذا كان للمنتفع استثمار الشيء مثله في ذلك مثل المالك ملكية تامة ، فإن الاستثمار يمتد الى ثمار الشيء دون منتجاته التى تبقى للمالك باعتبار الحصول عليها يمس بجوهر الشيء ، فضلا عن أنها لا تتجدد بصفة دورية، بحيث لا يمكن القول بأنها تمثل الدخل العادى المنتظم للشيء . وقد نصت المادة ٤٠ من قانون الملكية العقارية اللبناني على حق المنتفع في الثمار دون المنتجات بالطبيعة بقولها « للمنتفع الحق بغلة العقار في فترات معينة منتظمة بدون انقاص من جوهر العقار (ويدخل في هذه الحاصلات بدل تأجير حق الصيد والقنص) . ويدخل في حكم الغلال : حاصلات المناجم المستورة والمكشوفة والمقالع اذا كانت هذه الحاصلات عائدة لصاحب العقار (بشرط أن يكون المنجم أو المقلع قد فتح قبل بدء الانتفاع) ، والاشجار اذا كانت تغل بآجال منتظمة (لاستهلاك حطبها أو بيعها) » .

ولكن ماهو النطاق الزمنى الذى تتحدد به الثمار التى تكون للمنتفع ؟ يفرق القانون الفرنسى في هذا الصدد بين الثمار الطبيعية والثمار المدنية . فالثمار الطبيعية تكتسب بالقبض بحيث تكون الثمار التى يتم

قبضها من يوم الانتفاع المنتفع وتكون الثمار التى لا يتم قبضها حتى آخر يوم فيه للمالك الاصلى بدون تعويض من أحدهما للآخر . أما الثمار المدنية فتكتسب يوما فيوما ، ومن ثم يكون للمنتفع منها ما يوازي مدة انتفاعه (١) . وقد انتقد كثير من الشراح الفرنسيين حكم الثمار الطبيعية في هذا الشأن وطالبوا باجراء حكم الثمار المدنية عليها باعتباره أكثر عدالة (٢) . وقد أخذ كل من المشرع اللبناني والمشرع المصرى بوجهة نظر هؤلاء الشراح مع بعض الاختلاف . فقد نصت المادة ٤١ من قانون الملكية العقارية اللبنانية على أنه « في بدء الانتفاع وعند نهايته يصير توزيع الغلال التى لا تكون قد جمعت بعد أو ما كان باقيا منها بدون جمع ، بين المنتفع ، وصاحب العقار بنسبة المدة التى كان فيها حق الانتفاع قائما ، والمدة التى لم يكن فيها (مع مراعاة زمن انتاج الغلال السنوى أو غير السنوى) . وليس لصاحب العقار على المنتفع ولا للمنتفع على صاحب العقار حق استرداد شئ من نفقات الحراثة انما يحسب له ثمن الاسمدة والبذار التى تكون قد استعملت لتحضير الغلة عند ابتداء الانتفاع أو عند نهايته » . وكذلك نصت المادة ٩٨٧ من التقنين المدنى المصرى على أن « تكون ثمار الشئ المنتفع به من حق المنتفع بنسبة مدة انتفاعه مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة ٩٩٣ » ، ونصت المادة ٩٩٣ المذكورة على أنه « واذا كانت الارض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الاجل أو موت المنتفع بزرع قائم ، تركت الارض للمنتفع أو لورثته الى حين ادراك الزرع ، على أن يدفعوا الاجرة عن هذه الفترة » .

ولا خلاف فى تطبيق هذه الاحكام بالنسبة للثمار المدنية فى كل من القانونين اذ يحصل المنتفع منها على ما يوازي الفترة بين بدأ الانتفاع وانتهائه .

(١) Colin et Capitant, Droit civil, T. 1, No. 1073; Josserand, Cours de droit civil, T. 1, 1901.

(٢) Colin et Capitant, Droit civil, T. 1, No. 1073; Josserand, Cours de droit civil, T. I, No. 1901.

كذلك الامر بالنسبة للثمار الطبيعية فيصير توزيع الثمار الموجودة في الارض عند بدء الانتفاع بين المالك الاصلى وصاحب الانتفاع بحسب ما يقابل المدة التى كان له الانتفاع فيها بالشيء من مدة بقاء الثمار في الارض . غير أن المشرع اللبناني قد نص صراحة في هذه الحالة على أنه ليس لصاحب العقار على المنتفع حق استرداد شيء من نفقات الحراثة، انما يحسب له ثمن الاسمدة والبذار ، أما المشرع المصرى فقد سكت عن ذلك ومن ثم يمكن القول بأن المنتفع يلتزم بتعويض المالك عما يقابل نصيبه من المصروفات التى انفقها على انتاج الثمار (١) . أما بالنسبة للثمار الطبيعية التى تكون بالارض عند انتهاء الانتفاع فقد أجرى عليها المشرع اللبناني نفس الحكم الذى أجراه على الثمار التى تكون موجودة بالارض عند بدء الانتفاع مع الزام المالك بنصيبه في ثمن الاسمدة والبذار دون نفقات الحراثة .

وأما المشرع المصرى فقد أخذ بحكم مخالف مقتضاه أن الثمار التى لاتزال في الارض عند انتهاء الانتفاع تكون للمنتفع ، على أن يدفع أجرة الارض عن الفترة ما بين انتهاء الانتفاع ونضج الثمار .

والمنتفع — في حدود مضمون حقه — يستطيع أن يقوم بأعمال الادارة كالتأجير وبيع المحاصيل والقيام بالاعمال التحفظية ورفع الدعاوى . (٢)

٥٠ — ووجود حق المنتفع وحق مالك الرقبة على نفس الشيء يفرض على كل منهما عدة التزامات تضمن ممارسة الاخر لحقه (٣) .

(١) عبد المنعم البدر اوى بند ٢٢٨ .

(٢) راجع مذكراتنا في التنظيم القانونى للايجار (على الالة الكاتبة) ١٩٦٧ — بند ١٧١ . وراجع أيضا حسن كير ، دروس في الحقوق العينية الاصلية ، ص ٢٧٥ وما بعدها .

(٣) Hassan Aberkane, L'obligation propter rem en droit positif français, Paris, 1957, No. 38 et ss.

فالمنتفع يلتزم برد الشيء عند انتهاء حق الانتفاع ، فإذا كان الرد مستحيلا كان عليه أن يرد قيمته مقدرة في هذا الوقت • ولا يعفى المنتفع من هذا الرد الا اذا هلك الشيء بقوة قاهرة أثناء مدة الانتفاع • أما اذا كان الشيء قد هلك بعد انتهاء الانتفاع وتأخر المنتفع في الرد فهو مسئول عن هذا الهلاك ولو كان بسبب أجنبي (م ٥١ لبناني ٢/٩٩٠ مصرى) • وضمانا للوفاء بهذا الالتزام أوجب المشرع اللبناني على المنتفع ، عند بدء الانتفاع تنظيم كشف بالعقارات المنتفع بها قبل مباشرته الانتفاع (م ١/٣٥) • ويتم تنظيم هذا الكشف أصلا بتحريره لدى الكاتب العدل على نفقة المنتفع، ولكن بحضور المالك أو بعد دعوته بصورة قانونية وتخلفه عن الحضور ، ما لم يتفق الطرفان على تحريره في سند عادي • كذلك أوجب المشرع اللبناني على المنتفع قبل مباشرته الانتفاع تقديم كفيل قدير على الدفع (م ١/٣٥) • فإذا تأخر المنتفع عن الوفاء بهذين الالتزامين فلا يحرمه ذلك من الثمار في فترة التأخير • أما اذا لم يوف بها — دون أن يتضمن السند المنشئ للانتفاع أعفائه منها — فللمالك أن يمتنع عن تسليم العقار أعمالا لقواعد الحبس ، وله اذا كان قد أتم التسليم طلب الحكم بتأجير العقار المنتفع به أو تعيين حارس عليه تدفع أجرته من ثمن العقار في حالة الامتناع عن تقديم الكفيل (م ٣٨) واعتبار أن العقار قد سلم بحالة حسنة في حالة الامتناع عن تنظيم الكشف (١) •

وأما المشرع المصري فقد وضع على عاتق المنتفع نفس الالتزامين المفروضين في القانون اللبناني ، لكن بينما فرضهما المشرع اللبناني حيث يكون محل الانتفاع عقارات ، اقتصر المشرع المصري على فرضهما حيث يكون محل الانتفاع منقولات ، وبينما يشترط القانون اللبناني أن يكون جرد العقارات بسند موثق لا يشترط المشرع المصري ذلك (م ٩١٤) •

(١) محكمة بداية البقاع ١٩٤٥/٥/٢٤ ، النشرة القضائية ، السنة الاولى ، ج ٦ و ٧ ، ص ٢٩١ •

ويلحق برد الشيء رد الثمار التي يتم قبضها بعد انتهاء الانتفاع ، اذ أن هذه الثمار — كما قدمنا — لا تكون من حق المنتفع .

ويترتب على هذا الالتزام بالرد ، الذي يعتبر جوهر حق مالك الرقبة ، الزام المنتفع بحفظ الشيء وفقا لمعيار الشخص المعتاد . فاذا ما أخل بهذا الالتزام اخلا لا ترتب عليه ضرر بمالك الرقبة كان المنتفع مسئولا عن تعويض هذا الضرر . وقد نصت المادة ١/٩٩٠ من التقنين المدني المصري على هذا الالتزام بقولها « على المنتفع أن يبدل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله الرجل المعتاد » . ويترتب على هذا الالتزام العام بالحفظ عدة نتائج :

فالمنتفع عليه وفقا للمادة ١/٩٨٨ من التقنين المدني المصري أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه عليها وبحسب ما أعد له وأن يديره ادارة حسنة وقد نصت المادة ٢/٤٤ من قانون الملكية العقارية اللبناني على نفس الحكم بقولها : « على المنتفع أن يتبع ، في استعمال العقار والتمتع به ، عوائد أصحاب العقار السابقين لا سيما فيما يتعلق بالغاية المعدة لها الابنية وبطريقة زراعة الاراضى واستثمار الاحراج والمقالع... » . وعلى ذلك فالمنتفع يلتزم بعدم التغيير في مادة الشيء ، أو في الاستعمال المخصص له ، كأن يحول المسكن مثلا الى محل تجارى . على أن المعيار العام في هذا الشأن هو معيار الادارة الحسنة ، فالمنتفع يستطيع القيام بمثل هذه التغييرات اذا كانت من قبيل هذه الادارة (١) .

وقد نصت المادة ٥٣ من قانون الملكية العقارية اللبناني على أنه « يمكن ... اسقاط المنتفع من حقه بحكم قضائي ، بناء على طلب صاحب العقار

(١) نص مشروع التقنين المدني الجديد على هذا الحكم بقوله « على أنه يجوز للمنتفع اذا وجد مبرر قوى أن يغير فيما أعد الشيء له وفي طريقة استغلاله وذلك على نفقته وبحكم من القضاء » .

بسبب تجاوز المنتفع حقوقه في التمتع ، لا سيما اذا أحدث تخريبا في العقار أو اذا تركه يخرب لعدم العناية به • وفي هذه الحالة يسمح لدائني المنتفع أن يتدخلوا في القضية ، وان يعرضوا بأن يتولوا اصلاح ما تخرب وأن يقدموا ضمانات للمستقبل • وللقاضي حسب خطورة الظروف ، أما أن يحكم باسقاط حق الانتفاع اسقاطا مطلقا وأما أن يأمر بعدم تسليم العقار الى صاحب رقبته الا على شريطة أن يدفع سنويا للمنتفع أو لمن انتقل اليه حقه مبلغا معيناً حتى الاجل المحدود لزوال حق الانتفاع • « • كذلك خولت المادة ٩٨٨/٢ من التقنين المدني المصري « للمالك أن يعترض على أى استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء • فاذا أثبت أن حقوقه في خطر جاز له أن يطالب بتقديم تأمينات ، فان لم يقدمها المنتفع أو ظل على الرغم من اعتراض المالك يستعمل العين استعمالا غير مشروع أو غير متفق مع طبيعتها ، فللقاضي أن ينزع هذه العين من تحت يده وأن يسلمها الى آخر يتولى ادارتها ، وله تبعا لخطورة الحال أن يحكم بانتهاء حق الانتفاع دون اخلال بحقوق الغير » • ومثل هذه الاجراءات لا تخل بالطبع بحق مالك الرقبة في المطالبة بالتعويض عن كل هلاك أو تلف يصيب الشيء بخطأ المنتفع •

والمنتفع عليه أن يقوم — طوال مدة انتفاعه — بالاصلاحات التي يقتضيها حفظ الشيء محل الانتفاع وصيانتة • كذلك يلتزم المنتفع بالتكاليف المعتادة التي تدفع عادة من دخل الشيء ، كالضريبة العقارية مثلا • أما الاصلاحات الجسيمة ، كاعادة بناء المسكن مثلا ، والتكاليف غير المعتادة مثل ضريبة الدخل ، فهذه يتحملها مالك الرقبة ، وان كان المنتفع يلتزم بفوائدها طوال مدة الانتفاع • وقد نصت المادة ٤٥ من قانون الملكية العقارية اللبناني على هذه الاحكام بقولها « أن الضرائب العقارية على مختلفها هي على عاتق المنتفع ، وكذلك الترميمات اللازمة لصيانة العقار ، أما التوصيلحات الكبيرة أى

التصليحات التى تقوم بتجديد قسم مهم من العقار وتستدعى مصاريف غير عادية ، فانها تترتب على صاحب الرقبة » • وقد اضافت المادة ٤٧ الى هذه الاحكام التزام المنتفع بدفع فوائد مايتحمله صاحب العقار من نفقات • كذلك نصت المادة ٩٨٩ من التقنين المصرى على كل ذلك بقولها :

١ — « المنتفع ملزم أثناء انتفاعه بكل ما يفرض على العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة ، وبكل النفقات التى تقتضيها أعمال الصيانة •

٢ — أما التكاليف غير المعتادة والاصلاحات الجسيمة التى لم تنشأ عن خطأ المنتفع فانها تكون على المالك ويلتزم المنتفع بأن يؤدى للمالك فوائد ما أنفقه فى ذلك • فان كان المنتفع هو الذى قام بالانفاق كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع •

٥١ — ولكن اذا كان ضمان حق مالك الرقبة يفرض على المنتفع مثل هذه الالتزامات فهل لا يقتضى ضمان حق المنتفع فرض التزامات معينة على عاتق مالك الرقبة ؟ يسلم الفقه والقضاء بالتزام مالك الرقبة بعدم التعرض للمنتفع فى تمتعه بحقه ، ولكنه يرفض التسليم بالتزامه قانونا بالاصلاحات الجسيمة التى يضعها القانون على عاتقه بحجة أن المنتفع صاحب حق عينى فلا يمكن أن يلتزم مالك الرقبة قبله بأى التزام ايجابى ^(١) •

ولكن هناك اتجاه آخر فى الفقه يرمى الى الزام مالك الرقبة بالقيام بالاصلاحات المذكورة ضمانا لاستمتاع المنتفع بحقه • مثل هذا الالتزام

(١) Aubry et Rau, par Bartin, Droit civil français, t. 2, 1935, No. 234; Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau, Droit civil, Les biens, 1899, No. 558; Req. française, 10, 12, 1900, s., 1904, 1, 36.

يبرره تنازع حق كل من المنتفع ومالك الرقبة على الشيء . فطالما كان من المسلم به التزام المنتفع ببعض الالتزامات التي يفرضها ضمان حق مالك الرقبة ، وهو حق عيني ، فان ضمان حق المنتفع ، وهو حق عيني كذلك ، يفرض التزامات مماثلة على عاتق مالك الرقبة (١) .

وقد نصت المادة ٤٦ من قانون الملكية العقارية اللبناني صراحة على أنه « لا صاحب العقار ، ولا المنتفع ملزمان باعادة بناء ما تهدم بسبب قدمه أو قضاء وقدر إلا أنه اذا حدث الانهدام على أثر كارثة وكان العقار المهدوم مضمونا كله أو بعضه ، يجوز ، بناء على طلب صاحب الرقبة أو المنتفع ، استعمال قيمة التعويض لتجديد بناء العقار أو ترميمه » .

تقدير حق الانتفاع :

٥٢ — والواقع أن حق الانتفاع ، بالرغم من تنظيم المشرع المصري له ، يكاد يكون غير معروف عملا في مصر . وقد وجه الفقه الفرنسي الى هذا النظام عدة انتقادات أهمها ما يؤدي اليه تأقيت الحق من انصراف المنتفع الى الحصول على كل ما يستطيع من منافع الشيء بما قد يستنفذه دون الاكتفاء باستثماره استثمارا معقولا ودون العناية بما قد لا يلزم لاستثماره من اضافة أو تحسين ، وما يؤدي اليه من انخفاض قيمة الشيء ، حيث يكون من الصعب بيع كل من الرقبة والانتفاع على انفراد . ولكن على الرغم من هذه الملاحظات ، فان الانتفاع يمكن أن يؤدي دورا هاما في الحياة الاقتصادية بما يتيح للمالك الذي يريد الاحتفاظ بمنفعة شيء مملوك له طوال حياته مع التصرف في رقبته للحصول على ما يريده من أموال ، وكذلك للمالك الذي يريد التصرف في المنفعة مع الاحتفاظ بالرقبة على أمل اجتماع عناصر الملكية لديه بعد ذلك (٢) .

(١) Carbonnier, p. 114 et s.; Aberkane, op. cit., No. 40 et s.

(٢) في هذا الصدد راجع :

Marty et Raynaud, T. III, No. 63; Carbonnier, p. 111 et s.

وقد عنى مشروع التقنين المدنى المصرى الجديد بتشجيع المنتفع على القيام بالتحسينات والاضافات اللازمة لتحقيق الشئ محل الانتفاع للغرض المخصص له ، فنص على أنه :

« للمنتفع الحق فى تعويض عن التحسينات التى تكون قائمة وقت رد الشئ » .

ويقدر التعويض بمقدار ما أنفق فى هذه التحسينات ، أو ما زاد فى قيمة الشئ أيهما أقل .

ويجوز للمحكمة أن تقضى بتقسيط التعويض بشرط تقديم الضمانات اللازمة » ، كما نص على أنه « يجوز للمنتفع أن يحدث اضافات لا تغير فيما أعد الشئ له .

ولا يجوز للمالك أن يطلب ازالة هذه الاضافات وانما يخير بين أن يدفع مقدار ما أنفق فى احداثها وما زاد بسببها فى قيمة الشئ وقت رده .

وللمنتفع أن ينتزع هذه الاضافات عند انتهاء الانتفاع اذا لم يترتب على ذلك ضرر بالشئ ، الا اذا اختار المالك استبقائها فى مقابل أقل القيمتين المنصوص عليهما فى الفقرة السابقة » .

الاستعمال والسكنى :

٥٣ — واذا كان هذا هو مضمون الانتفاع باعتباره حقا يرد على منفعة الشئ ، فانه من المتصور أن يمنح المالك شخصا آخر الحق فى الحصول على بعض ثمار الشئ دون استعماله أو ادارته ، أو أن يخوله استعماله دون الحصول على ثماره . وقد عنى التقنين المدنى المصرى بتنظيم وضعين من هذه الاوضاع تحت اسم حق الاستعمال وحق السكنى . أما المشرع اللبنانى فلم يعرض لهذين الحقين ، ولكن ذلك لا يمنع من امكان تقريرهما فى ظله باعتبارهما من مشتقات حق الانتفاع الذى عنى هذا القانون بتقريره .

فحق الاستعمال وحق السكنى ليسا الا نوعا من الانتفاع ، يتميز باتصاله اتصالا وثيقا يشخص المنتفع ، ويتحدد ضمنه بامكانياته في الاستعمال •

فحق الاستعمال لا يخول صاحبه سوى سلطة الاستعمال دون الاستثمار ، ومن ثم فهو يتيح له الحصول على خدمات الشيء وثماره • ولكن الحق في الحصول على الثمار مقيد بما يكفي حاجة صاحب الحق هو وأسرته • وحق السكنى ليس سوى حق الاستعمال مطبقا على المنازل • وقد نصت المادة ٩٩٦ من التقنين المدنى المصرى على ذلك بقولها « نطاق حق الاستعمال وحق السكنى يتحدد بمقدار ما يحتاج اليه صاحب الحق هو وأسرته الخاصة أنفسهم ، وذلك دون اخلال بما يقرره السند المنشئ للحق من أحكام » •

وتحدد حقوق والتزامات كل من صاحب الاستعمال أو السكنى في مواجهة مالك الشيء على النحو الذى تتحدد به التزامات المنتفع ، في حدود مضمون حقه ، فيكون له حق الادارة عموما ، ولكن ليس له الحق في التأجير ما لم يمنحه سند الحق ذلك • ويكون عليه التزام بالحفظ والرد على النحو الذى رأيناه في حق الانتفاع •

وهذا الحقان غير قابلين للتصرف فيهما لصالح شخص آخر بحسب الاصل ، وقد نصت على ذلك المادة ٩٩٧ من التقنين المدنى المصرى بقولها « لا يجوز النزول للغير عن حق الاستعمال أو حق السكنى الا بناء على شرط صريح أو مبرر قانونى » •

وعموما يسرى على حق الاستعمال وحق السكنى الاحكام الخاصة بحق الانتفاع ، متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين • فلا ينطبق على حق السكنى مثلا ما تنص عليه المادة ٩٨٨/٢ من التقنين المدنى المصرى والمادة ٥٣ من قانون الملكية العقارية في لبنان من أنه يجوز أن ينزع القاضى الشيء الوارد عليه حق الانتفاع من يد صاحب هذا الحق ليسلمه الى أمين •

المطلب الثالث

الارتفاق

تعريف الارتفاق وخصائصه :

٥٤ — حق الارتفاق ، كما تعرفه المادة ١٠١٥ من القانون المدنى المصرى، « حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر » ، كحق شرب أو مجرى أو مسيل أو مطل أو مرور يتقرر لعقار على عقار ، أو كمنع البناء على عقار أو منع البناء عليه بعد ارتفاع معين لمصلحة عقار آخر . وقد عرفه المشرع اللبنانى فى المادة ٥٦ من قانون الملكية العقاريةتعريفامثل فى مدلوله تعريف المشرع المصرى فى جوهره وان كان يشير الى مضمونه وما يخوله من سلطات . فقد نصت هذه المادة على أن « الارتفاق هو تكليف مفروض على عقار معين لمنفعة عقار معين جار فى ملكية شخص آخر غير مالك العقار الاول . ويقوم هذا التكليف اما بتحويل شخص آخر حق مباشرة أعمال تصرفية فى العقار المفروض عليه التكليف ، وأما بحرمان صاحب ذلك العقار من استعمال بعض حقوقه » .

فالارتفاق عبء على عاتق العقار المرتفق به ، بمعنى أن وجوده مرتبط بوجود هذا العقار ، فيبقى ما بقى مهما تعاقب عليه الملاك . والارتفاق يتقرر لخدمة العقار المرتفق ، سواء كان ارتفاعا ايجابيا كحق المرور أو ارتفاعا سلبيا كعدم البناء ، بمعنى أن وجوده مرتبط أيضا بوجود هذا العقار مهما تعاقب عليه الاصحاب . تطبيقا لذلك نص المشرع اللبنانى فى المادة ٨٤ صراحة على أنه « يجوز لاصحاب العقارات أن يحدثوا عليها أو لمنفعتها ما شأؤوا من الارتفاقات شرطا أن لا تفرض على شخص أو لمنفعة شخص بل على أرض أو لمنفعة أرض والا تخالف النظام العام » . على أن الارتفاق على هذا النحو يفترض أن العقار المرتفق به والعقار المرتفق للمالكين مختلفين ، بمعنى أنه اذا كان هناك عقاران للمالك واحد يقوم أحدهما بخدمة الاخر فلا يمكن القول بأن العقار الخادم فى هذه الحالة يتحمل بحق ارتفاق

لصالح العقار المخدم ، وأن كان مثل هذا الوضع قد يكون بداية لتوليد حق ارتفاق بالمعنى الدقيق في القانون المصرى اذا ما أصبح العقاران فيما بعد للمالكين مختلفين . غير أن المقصود بذلك أن يكون العقاران مملوكين ملكية مفرزة لنفس الشخص . فاذا كان أحد العقارين مملوكا للمالك ملكية مفرزة والاخر مملوك على سبيل الشيوخ مع شركاء آخرين فلا يمنع ذلك من تقرير ارتفاق لاحدهما على الآخر (١) .

والارتفاق لا يرد الا على العقار بالطبيعة ، بل وفي طائفة العقارات لا يتصور وجوده الا على الارض والبناء ، فلا يتصور وجوده مثلا على الاشجار (٢) . ولذلك لا ينشأ هذا الحق في القانون اللبنانى الا بقيده في السجل العقارى ، ولا ينشأ في القانون المصرى — اذا كان مصدره تصرفا قانونيا — الا بالتسجيل كذلك .

ويجوز بمقتضى المادة ١٥١٠ من التقنين المدنى المصرى أن يترتب الارتفاق على عقار عام ان كان لا يتعارض مع الاستعمال الذى خصص له هذا العقار . على أنه يلاحظ في هذا الشأن أن اكتساب الارتفاق على العقار العام بالاتفاق مقيد بعدم تعارض ذلك مع التخصيص المعد له الشيء وفقا للقاعدة في التصرف في الاشياء العامة (٣) . كذلك فان مثل هذا الارتفاق لا يمكن كسبه بالتقادم وفقا لمبدأ عدم جواز اكتساب حق عينى على الشيء العام بالتقادم .

ومن الطبيعى أنه يمكن انشاء حق ارتفاق لصالح العقار العام على عاتق عقار خاص ، سواء كان ذلك عن طريق الاتفاق أو التقادم . على أن مثل هذا الارتفاق يأخذ صفة الشيء العام ، فلا يمكن سقوطه بالتقادم ويرتبط وجوده بتخصيص الشيء العام للمنفعة العامة اذا كان متعلقا بهذا التخصيص (٤) .

(١) راجع في هذا المعنى : حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٩٠ ،
Planiol et Ripert, T. III, op. cit., No. 889.

(٢) قارن حسن كيره ، دروس في الحقوق العينية الاصلية ، ص ٢٨٩ وما بعدها حيث يرى امكان انشاء حق ارتفاق على الاشجار من الناحية القانونية ، باعتباره عقارات ، وان كان فيما يبدو يسلم باستحالة ذلك من الناحية العملية ، أو على الاقل بصعوبته .

(٣) قارن محمد زهير جرانه ، ص ٥٧ وما بعدها .

(٤) المرجع السابق ، ص ٢٥٤ .

والارتفاق حق تابع لا يتصور وجوده منفصلا عن العقار المرتفق ، ومن ثم فلا يمكن التصرف فيه أو الحجز عليه مستقلا عن هذا العقار ، ويستفيد منه من ينتفع به من منتفع أو مستأجر •

والارتفاق لا يقبل التجزئة ، بمعنى أنه يقوم على عاتق كل العقار المخدم لصالح كل العقار الخادم بالرغم مما يخضع له أيهما من تجزئة • وقد نصت المواد ٨٨ و ٩٠ من القانون اللبناني والمواد ١٠٢٤ و ١٠٢٥ من القانون المصري على هذا المبدأ وبينت حدوده •

فالمادة ٨٨ من القانون اللبناني تنص على أنه إذا جزء العقار المرتفق، يبقى حق الارتفاق لكل جزء من أجزائه ، دون أن يزيد العبء من جراء ذلك على العقار المرتفق » ، والمادة ٩٠ من نفس القانون تنص على أنه « •• يحق للقاضي أن يأمر بالترقيين إذا كان الارتفاق دون جدوى أو كان غير ممكن نفاذ » • والمادة ١٠٢٤ من القانون المصري تنص على أنه :

« ١ — إذا جزیء العقار المرتفق بقى الارتفاق مستحقا لكل جزء منه ، على ألا يزيد ذلك فى العبء الواقع على العقار المرتفق به •

٢ — غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يفيد فى الواقع الا جزء من هذه الاجزاء فلمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الحق عن الاجزاء الاخرى » • والمادة ١٠٢٥ من نفس القانون تقضى بأنه :

« ١ — إذا جزیء العقار المرتفق به بقى حق الارتفاق واقعا على كل جزء منه •

٢ — غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يستعمل فى الواقع على بعض هذه الاجزاء ولا يمكن أن يستعمل عليها ، فلمالك كل جزء منها أن يطلب زوال هذا الحق عن الجزء الذى يملكه » •

والارتفاق ليس حقا مؤقتا كحقوق الانتفاع والاستعمال والسكنى ، ذلك أن هذا الحق ، كما قلنا ، ليس مقررا لصالح صاحب العقار المخدم

على عاتق صاحب العقار الخادم ، وانما لصالح العقار المخدم ذاته على عاتق العقار الخادم ، ومن ثم فهو يدوم بدوام هذين العقارين في حالة تجعل الارتفاق المقرر لاحدهما على الآخر ذا فائدة ، ما لم يؤقت عند انشائه بأجل ينقضى بانقضائه • وتطبيقا لنفس الفكرة نصت المادة ١٠٢٨ من القانون المدني على أنه :

« ١ — ينتهى حق الارتفاق اذا تغير وضع الاشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق •

٢ — ويعود اذا عادت الاشياء الى وضع يمكن معه استعمال الحق ، الا أن يكون قد انتهى بعدم الاستعمال » ، ونصت المادة ١٠٢٩ من نفس القانون على أنه : « لملك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه اذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الاعباء الواقعة على العقار المرتفق به » • كذلك نصت المادة ٩٠ من قانون الملكية العقارية اللبناني على أنه « يسقط الارتفاق بالترقين ••• ويحق للقاضي أن يأمر بالترقين اذا كان الارتفاق دون جدوى أو كان غير ممكن انفاذه » •

وليس في دوام حق الارتفاق على هذا النحو ما يمس بجوهر حق الملكية الوارد على العقار الخادم في منفعته أو رقبته ، اذ أنه من الواضح أن مالك هذا العقار يظل متمتعاً بكل من المنفعة والرقبة ، غاية ما في الامر أن الارتفاق يحد من الاستئثار بمنفعة العقار المرتفق به لمصلحة العقار المرتفق •

الارتفاق والحق الشخصي :

٥٥ — ولما كان الارتفاق مرتبط على هذا النحو بوجود العقار المرتفق به والعقار المرتفق مهما تعاقب عليهما الملاك ، فيتقيد به المالك الجديد للعقار المرتفق به ويستفيد منه صاحب العقار المرتفق ، فان الارتفاق يختلف عن الاعباء الشخصية التي قد توجد فيما بين الملاك

المتجاورين ولكنها لا تقوم الا فيما بين أطرافها ، ولو تعلقت بعقار ، فلا تنتقل ايجابا أو سلبا اذا ما انتقلت ملكية العقار المرتفق أو العقار المرتفق به الى شخص جديد . فاذا ما كان لشخص معين حق استعمال بئر مملوكة لشخص آخر ، فاما أن يكون استعمال هذه البئر لرى أرضه فيكون حق ارتفاق لارتباطه بعقار معين وقيامه على خدمته ، واما أن يكون استعمالها في شأن آخر من شأنه لا يتعلق بأرضه فيكون حقا شخصيا . واذا ما كان لشخص حق ايداع سيارته في مكان بأرض جاره ، فان صاحب السيارة لا يكون له ارتفاق على أرض جاره وانما مجرد حق شخصي ، اللهم الا اذا تعلق الامر بصاحب فندق مثلا ترتب له حق ايداع سيارته في أرض جاره مما قد يستتج معه وجود حق ارتفاق لهذا الفندق على هذه الأرض . واذا ما تعهد شخص بحرق حقل لجاره ، فان صاحب الحقل لا يكون له حق ارتفاق وانما مجرد حق شخصي ، لان هذا الحق لا يرتبط من الناحية السلبية بعقار مرتفق به وانما يرتبط بـذمة المدين (١) .

وترجع أهمية التفرقة بين حق الارتفاق والحق الشخصي الى أن حق الارتفاق ، كما قلنا ، يتبع الملكية ايجابا وسلبا فينتقل بانتقالها ، ويكون بالتالي حقا دائما ، بينما الحق الشخصي لا ينتقل بانتقال الملكية الا اذا كان من مستلزمات الشيء وكان الخلف الخاص على علم به وقت انتقال الشيء اليه (م ١٤٦ مدنى مصرى) ، وهو حق مؤقت بطبيعته . هذا فضلا عن أن مالك العقار المرتفق يستطيع التخلص منه اذا هو تخلص عن عقاره ، ولا توجد هذه المكنة في الحق الشخصي .

(١) راجع في التفرقة بين حقوق الارتفاق والحقوق الشخصية : عبدالمنعم البدرأوى ، بند ٢٧٣ ومبعده ، حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٢٩١ وما بعدها ،

Marty et Raynaud, No. 140; Carbonnier, p. 173 et ss; Planiol et Ripert, op. cit., No. 948.

ويلاحظ أن البعض يفرق بين الارتفاقات العينية والارتفاقات الشخصية التي تكون مفروضة على عقار لمصلحة شخص معين وليس لمصلحة عقار آخر (Baudry-Lacantinerie et Chauveau, op. cit., No. 813).

ولما كان لحق الارتفاق هذه الخصائص التي تميزه عن الحق الشخصي ، فقد جرى الفقه على القول بأن حق الارتفاق حق عيني يخول صاحبه سلطة مباشرة على العقار المرتفق به ، دون حاجة لتدخل صاحب هذا العقار ، اللهم الا ترك صاحب الارتفاق يمارس مضمون حقه ، وأن الارتفاق لا يمكن أن يتمحض في عمل ايجابي يقوم به مالك العقار المرتفق به .

غير أن السند المنشئ للارتفاق كثيرا ما يتضمن الزام مالك العقار المرتفق به ببعض الالتزامات الايجابية ، كالالتزام بالمحافظة على الطريق فيما يتعلق بارتفاق المرور ، أو الالتزام بالمحافظة على المجرى في ارتفاق المجرى . وهذه الالتزامات ، بالرغم من صفتها الايجابية ومن تحمل شخص المالك بها ، تنتقل الى ملاك العقار المرتفق به المتعاقبين ، وتأخذ سائر خصائص حق الارتفاق السابق الاشارة اليها ، وتعرف لذلك بالالتزامات العينية . ولكن وجود مثل هذه الالتزامات لا يخل بالقاعدة سالفة الذكر والتي تقضى بأن محل الارتفاق لا يمكن أن يكون عملا ايجابيا يؤديه مالك العقار المرتفق به ، اذ أنها لا توجد بصفة مستقلة عن الارتفاق^(١) . وقد نصت المادة ١٠٢١ من التقنين المصري على ذلك بقولها « لا يلزم مالك العقار المرتفق به أن يقوم بأي عمل لمصلحة العقار المرتفق الا أن يكون عملا اضافيا يقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف مالم يشترط غير ذلك » .

وقد أثار وجود مثل هذه الالتزامات العينية جدلا في الفقه حول علاقتها بحقوق الارتفاق . فالبعض يجعل من الالتزام العيني فكرة مستقلة ، ويفرق بينها وبين الارتفاق على أساس أن الالتزام العيني وان كان يرتبط بعقار مخدوم مثله مثل حق الارتفاق الا أنه يختلف عنه في عدم ارتباطه بالضرورة بمقار^(٢) . ويرتب هذا البعض على ذلك عدم خضوع الالتزام

(١) عبد المنعم البدر اوى ، بند ٢٧٤ ، Marty et Raynaud, No. 146 ،
(٢) De Juglart, Obligations réelles et servitudes en droit privé
français, Bourdeaux, 1937, p. 353.

العينى للقاعدة المعروفة فى حقوق الارتفاق والتى تقضى بأن الارتفاق لا يمكن أن يلزم صاحب العقار المرتفق به بعمل ايجابى •

ولكن البعض الاخر يرى فى الالتزام العينى وسيلة فنية لحل التنازع بين الحقوق العينية المختلفة ولو كانت هذه الحقوق واردة على عقارين متجاورين ، وذلك بتمكين أصحاب هذه الحقوق من استعمال حقوقهم ^(١) لذلك فحقوق الارتفاق لا تعدو أن تكون نوعا من الالتزام العينى يقع على عاتق مالك عقار معين ، يقابله حق عينى لصالح صاحب عقار آخر ^(٢) على هذا النحو يكون من المفهوم أن يتضمن الارتفاق التزام صاحب العقار المرتفق به فى بعض الاحوال بالقيام ببعض الاعمال الايجابية بصفة تبعية، طالما كان الارتفاق مجرد التزام عينى ، وطالما كان من الممكن أن يكون الالتزام العينى ايجابيا •

حديد مضمون الارتفاق :

٥٦ — ويتحدد مضمون الارتفاق عن طريق السند المنشئ له (م ٨٤ لبنانى) كالاتفاق أو الحيازة ، أو تخصيص المالك فيما يتعلق بالقانون المصرى • على أن ممارسة الارتفاق تشمل ممارسة كل ما يازم لاستعماله من حقوق • فحق أخذ المياه من بئر الجار مثلا يشمل المرور فى أرض صاحبه حتى مصدر هذا البئر ^(٣) • وقد نصت المادة ٨٥ من القانون اللبنانى صراحة على ذلك بقولها « من أحدث ارتفاقا ، فقد منح ضمنا ما هو لازم لاستعماله • فحق الاستقاء من عين يتضمن حتما حق المرور فى الارض التى تقع فيها العين » ، وهذا الحكم من البداهة بحيث يجب الاخذ به فى القانون المصرى دون نص •

Aberkane, op. cit., No. 21 et ss.

(١)

Idem, No. 92 et ss.

(٢)

Marty et Raynaud, No. 159.

(٣)

فى هذا المعنى : تمييز ١٩/٢/١٩٥٧ ، مجموعة باز ، ١٩٥٧ ، ص ١١٣

ولصاحب الارتفاق عمل كل ما يلزم في العقار الخادم لاستعمال حقه ،
كعمل طريق بالنسبة للمرور ، وكعمل مجرى بالنسبة للشرب • وقد نصت
المادة ٨٦ من القانون اللبناني على ذلك بقولها « لصاحب العقار المرتفق
الحق في أن يقيم في العقار المرتفق (المرتفق به) كل المنشآت اللازمة
لاستعمال هذا الارتفاق وصيانتة » • ونصت المادة ١٠٢٠ مدنى مصرى على
نفس الحكم بقولها « لملك العقار المرتفق أن يجرى من الاعمال ما هو
ضرورى لاستعمال حقه في الارتفاق » • وطبيعى أن تكون هذه الاعمال
على نفقة صاحب حق الارتفاق اعمالا لمبدأ عدم التزام صاحب العقار الخادم
بأى التزام ايجابى • وقد نصت المادة ٨٧ من القانون اللبناني على هذا
الحكم بقولها « أن اكلاف المنشآت اللازمة لاستعمال الارتفاق وصيانتته هي
على عاتق صاحب العقار المرتفق • كذلك نصت المادة ١٠٢٣ من التقنين
المدنى المصرى على ذلك بقولها :

« ١ — نفقة الاعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه
تكون على مالك العقار المرتفق مالم يشترط غير ذلك •

٢ — فاذا كان مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بتلك الاعمال
على نفقته ، كان له دائما أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلّى عن العقار
المرتفق به كله أو بعضه لملك العقار المرتفق •

٣ — واذا كانت الاعمال نافعة أيضا لملك العقار المرتفق به ، كانت
نفقة الصيانة على الطرفين كل بنسبة ما يعود عليه من الفائدة » •

ويلاحظ في هذا الشأن أن المشرع المصرى ينص صراحة على حق صاحب
العقار في التخلّى عنه لقاء التخلص من التكاليف • ولكن هذا الحكم يمكن
الاخذ به كذلك في القانون اللبناني باعتباره تطبيقا للقواعد العامة في
الالتزامات العينية •

ومتى قام الارتفاق ، وتحددت طريقة استعماله ، لا يمكن تعديله لمصلحة
أى من العقارين الا بالاتفاق • فلا يمكن التغيير في الارتفاق لصالح العقار

الخادم تغييرا يقلل من منفعته • غير أنه يجوز نقل الارتفاق من مكان لآخر إذا أصبح وجوده في المكان الاول مرهقا لمالك العقار الخادم وكان نقله الى المكان الجديد لا يترتب عليه نقص منفعته • وقد نصت المادة ٨٩ من القانون اللبناني على ذلك بقولها « لا يجوز لصاحب العقار المرتفق أن يأتي بعمل يرمى الى قصر استعمال الارتفاق أو الى جعله أكثر مشقة • لذلك لا يجوز له أن يغير وضعية الاماكن ، أو أن يحول الارتفاق الى مكان غير المكان المعين له قديما • بيد أنه اذا كان الارتفاق في مكانه القديم قد أصبح أشد ارهاقا لصاحب العقار المرتفق أو كان يمنعه عن القيام باصلاحات مفيدة، فله أن يعرض على صاحب العقار المرتفق مكانا بسهولة المكان الاول لاستعمال حقوقه ، ولا يحق لهذا الاخير أن يرفض العرض ••» كذلك نصت المادة ١٠٢٣ من التقنين المدني المصري على أنه :

« ١ — لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يعمل شيئا يؤدي الى الانتقاص من استعمال حق الارتفاق أو جعله أكثر مشقة • ولا يجوز له بوجه خاص أن يغير من الوضع القائم أو أن يبدل بالموضع المعين أصلا لاستعمال حق الارتفاق موضعا آخر •

٢ — ومع ذلك اذا كان الموضع الذى عين أصلا قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق أو أصبح الارتفاق مانعا من احداث تحسينات في العقار المرتفق به ، فلمالك هذا العقار أن يطلب نقل الارتفاق الى موضع آخر من العقار ، أو الى عقار آخر يملكه هو أو يملكه أجنبى اذا قبل الاجنبى ذلك • كل هذا متى كان استعمال الارتفاق في وضعه الجديد ميسورا لمالك العقار المرتفق بالقدر الذى كان ميسورا في وضعه السابق » •

كذلك لا يمكن تغيير الارتفاق تغييرا يزيد من منفعته اذا كان ذلك يضر بمصلحة صاحب العقار الخادم • فاذا كان السند المنشئ للارتفاق سندا عاما لا يعين غرضا معينيا لاستعمال الارتفاق أو طريقا معينيا لممارسته ، فيكون لصاحب العقار المخدم بالطبع أن يمارس حقه كيفما شاء وفي الغرض الذى يحدده ، كما لو غير في الاستعمال المخصص له عقاره

الذى له ارتفاع المظل من منزل للسكنى الى محل تجارى ، أو وسع البناء
الذى يتمتع بارتفاع بالمرور بما يزيد من عدد المارين •

أما اذا كان السند المنشئ للارتفاع قد حدد طريقة الاستعمال والغرض
منه فيجب على صاحب العقار المخدم أن يلتزم هذا التحديد ، ولا يجوز
له أن يخرج عنه الا اذا لم يكن فى هذا الخروج ما يزيد من عبء الارتفاع
على صاحب العقار الخادم • وفى هذا الشأن تنص المادة ٨٩ من القانون
اللبنانى فى نهايتها على أنه « ... وكذلك من كان له حق ارتفاع ، لا يمكنه
استعماله الا وفقا لمنطوق صكه ولا يجوز له أن يأتى فى أرضه أو فى العقار
المرتفع بعمل من شأنه ارهاق ذلك العقار » (١) ، ونصت المادة ١٠٢٠ من
التقنين المدنى المصرى على أنه لملك العقار المرتفع « ١ - ... أن يستعمل
هذا الحق على الوجه الذى لا ينشأ عنه الا أقل ضرر ممكن - ٢ - ولايجوز
أن يترتب على ما يجد من حاجات العقار المرتفع أية زيادة فى عبء
الارتفاع » • ومع ذلك فالقضاء ، عن طريق تفسيره لارادة الطرفين ،
يحرص على التوفيق بين طريقة استعمال الارتفاع والظروف الجديدة •
فقد حكمت محكمة النقض الفرنسية بتوسعة الممر عن القدر المحدد
له فى السند ، حتى يتلائم مع الظروف الجديدة التى تقتضى مرور
السيارات الى العقار المرتفع به (٢) •

على أنه يبدو أن صاحب العقار المرتفع به ليس له أن يغير من محل
الارتفاع فينقله من مكانه الى مكان آخر ولو لم يكن فى ذلك ضرر للعقار
المرتفع ، اذ أن ذلك يعتبر تعديلا للارتفاع ذاته وليس للاستعمال المخصص

(١) فى هذا المعنى انظر تمييز ١٩٥٩/٤/٦ (مجموعة باز ، ١٩٥٩ ص
١٤٢) • وقد قضى هذا الحكم بأنه اذا كان حق المرور لا يتناول الا الرجل
والحافر فليس لصاحب هذا الحق أن يطلب أن يشمل السيارات الا اذا
عوض عن ذلك صاحب الارض وفقا للمادة ٧٤ من قانون الملكية العقارية
الخاصة بالمرور القانونى • فى نفس المعنى انظر تمييز ١٩٥٩/٦/٣٠ ،
مجموعة باز ، ١٩٥٩ ، ص ١٦٢ ، تمييز ١٩٦٣/٣/٢٨ ، المحامى ، ١٩٦٤ ،
١٩٦٥ ، ص ٧٥ •

Req. 3/8/1937, Gaz Pal., 1937, 2, 741.

(٢)

له ، فلا يمكن السماح به في غيبة نص مماثل لنص المادة ٨٩ ، لبناني والمادة ٢/١٠٢٣ مدني مصري اللتان تسمحان بنقل الارتفاق الى مكان آخر اذا اصبح المكان المعين له أصلاً يزيد من عبء الارتفاق على العقار المرتفق به أو أصبح مانعاً من أحداث تحسينات فيها (١) .

فاذا قام صاحب العقار المرتفق به بمنع مالك العقار المرتفق من ممارسة حقه ، كما تحدد على النحو السابق ، أو تعدى مالك العقار المرتفق حدود الارتفاق المخول له ، كان الجزاء هو التنفيذ العيني ، بالزام المخالف بإعادة الحال الى ما كانت عليه ، مع التعويض عن كل ما يكون قد أصاب الطرف الآخر من ضرر .

نشأة الارتفاق وزواله :

٥٧ — والارتفاق ، كما سوف نرى ، ينشأ بعمل قانوني ، كالعقد أو الوصية . وكذلك تنشأ الارتفاقات الظاهرة — وهي التي توجد علامة خارجية تدل عليها — بالتقادم ، وأن كان هذا المصدر محدود النطاق في القانون اللبناني ، على خلاف الحال في القانون المصري ، حيث يقتصر على العقارات غير المسوَّحة وحدها . وأخيراً فقد نقل المشرع المصري عن القانون الفرنسي مصدراً ثالثاً للارتفاق هو تخصيص المالك الأصلي « اذا ما تبين بأي طريق من طرق الاثبات أن مالك عقارين منفصلين قد أقام بينهما علامة ظاهرة ، فأنشأ بذلك علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تدل على وجود ارتفاق لو أن العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين . ففي هذه الحالة اذا انتقل العقاران الى أيدي ملاك مختلفين دون تغيير في حالتهما ، عد الارتفاق مرتباً بين العقارين لهما وعليهما ما لم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك » . ولم يعرض المشرع اللبناني لهذا المصدر . وقد استقر القضاء اللبناني على أن تخصيص المالك الأصلي لا يمكن أن ينشئ بذاته ارتفاقاً في القانون اللبناني

Marty et Raynaud, op. cit., No. 160.

(١)

ما لم يرد ذكره في السند الناقل للملكية ويُقيد في السجل العقاري نظرا لطبيعة النظام العقاري اللبناني الذي يقوم على نظام السجل العيني^(١) .

وينتهي حق الارتفاق اذا ما فقد شرط من الشروط اللازمة لقيامه ، كأن هلك أحد العقارين أو اتحد مالهما . كذلك ينتهى بانقضاء المدة المحددة له وبعدم الاستعمال .

غير أن سقوط الارتفاق بعدم الاستعمال في القانون اللبناني قاصر على الاراضى غير المسوَّحة . وسوف نعود الى هذا الموضوع مرة أخرى في القسم الثانى من هذا الكتاب .

المطاب الرابع

المساقاة أو الاجارة العينية أو الحكر

٥٨ — استحدث المشرع اللبناني ، بعد اصدار قانون الملكية العقارية ، بالقرار رقم ١٢ الصادر في ١٦ كانون الثانى سنة ١٩٣٤ حقا عينيا أصليا سماه حق المساقاة . ويمثل هذا الحق ذلك الحق المسمى في القانون الفرنسى Bail emphytéotèque . وليس لهذا الحق مثيل في القانون المصرى وأن كان يشبهه من بعض الوجوه حق الحكر الذى ما زال قائما في هذا القانون في نطاق ضيق .

والمقصود بهذا الحق نوع من الايجار طويل المدة الذى يرد على العقارات ويخول المستأجر حقا عينيا على العقار المؤجر . لذلك فتسمية هذا الحق

(١) تمييز لبنان في ١٧/٩/١٩٤١ رقم ٣٣ ، محكمة الاستئناف الخاصة في ٢٩/١/١٩٤٦ رقم ١٩ ، محكمة الاستئناف الخاصة في ٢٩ كانون الثانى سنة ١٩٤٦ (منشور في دليل النصوص العقارية لاسكندر صقر ، ج ١ ، ص ٢١٦ .

بحق المساواة لم يكن موفقا • ففضلا عن أن هذه التسمية لا تعبر عن مثيلتها في القانون الفرنسي ، فإنها تدعو الى الخلط خاصة في القانون اللبناني • فقد عرفت الشريعة الاسلامية تحت هذه التسمية حقا يختلف تماما عن هذا الحق ، نصت عليه « المجلة » التي كانت مطبقة في لبنان • وهذا الحق الاخير المعروف بالمساواة في الشريعة الاسلامية هو نوع من الشركة يقدم فيها طرف الاشجار ويقوم الطرف الاخر بتربيتهما وتقسم ثمرتها بين الاثنين (م ١٤٤١ من المجلة) • لذلك فيحسن تسمية هذا الحق بحق الاجارة العينية أو بحق الحكر تمييزا له عن حق المساواة بمعناه الصحيح وتعبيرا عن واقع مضمونه ، على نحو ما يذهب اليه بعض الشراح اللبنانيين ^(١) •

خصائص المساواة أو الاجارة العينية أو الحكر :

٥٩ - وحق الاجارة العينية أو الحكر يعتبر حقا عينيا اذ أنه يخول صاحبه سلطات مباشرة على العقار محل حقه كما سنرى • وقد نصت على ذلك صراحة المادة ١/١ من القرار سالف الذكر • وهذه الخصيصة تميزه عن حق المستأجر العادي الذي يعتبر في الفقه الغالب مجرد حق شخصي • ويمكن للقاضي التمييز بين الحقين من الناحية العملية بالنظر الى المدة المحددة للعقد المعروض عليه والشروط المختلفة التي تحدد حقوق المستأجر والتزاماته على النحو الذي سوف نراه •

وهذا الحق يعتبر من الحقوق المتفرعة عن الملكية أو من حقوق الملكية الناقصة لانه يقتطع بعض سلطات المالك لحساب المستأجر العيني • وهو يشابه على هذا النحو حق الانتفاع بصفة عامة وان كان يتميز عنه من ناحية الاجل ، فبينما ينتهي حق الانتفاع حتما بوفاة المنتفع ولو كانت الوفاة قبل حلول الاجل المعين له في سند انشاءه ، يبقى حق الاجارة العينية قائما حتى ينتهي الاجل المحدد له أصلا رغم وفاة صاحبه ، فينتقل الى ورثته •

(١) أنظر في هذا الشأن زهدى يكن ، ج ١ ، ص ٣٦٥ ، حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٣٠٥ •

وهذا الحق حق مؤقت مثله في ذلك مثل حقوق الملكية الناقصة عموماً . فقد وضع المشرع حدا أقصى لمدة بقاء هذا الحق هي مدة تسعة وتسعين سنة على الأكثر ، ونص على عدم جواز تمديدتها . ولما كانت الغاية المقصودة من انشاء هذا الحق هي تعمير أو استصلاح أو استثمار عقارات خربة أو بور أو مهملة ، فقد تطلب المشرع كذلك حدا أدنى لمدته يسمح بتحقيق هذه الغاية ، وهو خمس عشرة سنة على الأقل .

مضمون المساواة أو الإجارة العينية أو الحكر :

٦٠ — يخول هذا الحق لصاحبه منفعة الشيء . غير أن الغاية من تقريره والتي حتمت اطالة مدته قد جعلت المشرع يخول صاحبه سلطات واسعة تمكنه من القيام بأي تغييرات يرى احداثها في العقار الذي يكون محلا له في الحدود التي لا تؤدي إلى انقاص قيمته (م ١/٩) أو احداث اضرار جسيمة به ، (م ٢/٧) على نحو لا يتوافر للمستأجر العادي . ففي هذه الحدود يستطيع صاحب الحق تغيير زراعة الارض أو التعديل في الابنية القائمة واعادة تشييدها أو اقامة ابنية أخرى الى جوارها . كذلك يستطيع صاحب الحق أن يكتسب للعقار حقوق ارتفاع ، بل وأن يثقله بحقوق ارتفاع بمقتضى اتفاق ، ولكن لمدة لا تجاوز مدة الإجارة العينية وبشرط اعطاء علم للمالك بذلك ، ويكون له الافادة من الالتصاق مدة بقاء حقه (م ١٢) فيمتد حقه الى كل ما يلتصق بالعقار ويدخل في ملكية المالك عن هذا الطريق من طرق كسب الملكية .

ويلاحظ أنه اذا أجرى صاحب الحق تحسينات أو انشاءات تزيد في قيمة العقار ، فلا يجوز له أن يهدمها عند انتهاء حقه ، ولا أن يطالب

بتعويض عنها (م ٢/٩) • مرجع ذلك أن حقه قد تقرر في مقابل بدل زهيد بقصد تحسين العقار واصلاحه خاصة وأنه يظل متمتعا به مدة طويلة (١) •

٦١ — ويلتزم المستأجر صاحب الحق بدفع البديل المتفق عليه ، وهو عادة بدل زهيد ، نظرا لما يتحمل به من تعمیر أو استصلاح أو استثمار العقار الذى يكون فى العادة بورا أو خربا أو مهملًا • ونظرا لضآلة هذا البديل عنى المشرع بالنص صراحة على أنه لا يحق للمستأجر أن يطب تخفيضه ولو بسبب خسارة جزء من العقار أو بسبب الجذب أو فقدان الغلة على أثر طارئ من الطوارئ • كذلك لا يستطيع المستأجر أن يتخلص من دفع البديل ولا من تنفيذ شروط العقد بتركه العقار (م ٨) خلافا لمقتضى فكرة الالتزام العينى ، نظرا لان المقصود من انشاء هذا الحق هو مواصلة العناية بالعقار طوال مدة الايجار • غير أنه يجوز للمحاكم أن تمنحه مهلة لدفع البديل اذا رأت من الظروف ما يبرر ذلك (م ٣/٧) •

كذلك يلتزم المستأجر ، مقابل ما يتمتع به من سلطات ، بجميع التكاليف والاعباء المترتبة على العقار (م ١٠/١) • ويجب عليه ، فوق ذلك ، اجراء كل الاصلاحات اللازمة للابنية القائمة عند ابتداء حقه وللابنية التى تنشأ فيما بعد تنفيذا للاتفاق ، على نفقته وحده • أما اذا تهدم البناء فانه لا يلزم باعادة تشييده اذا أثبت أنه تهدم بسبب قوة قاهرة أو بسبب عيب كان به قبل عقد الايجار (م ٢/١٠) •

ويلتزم المستأجر كما قدمنا بالألا يقوم بعمل يؤدي الى الانتقاص من قيمة العقار أو يؤدي الى الحاق ضرر جسيم به •

(١) حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٢٠٧

وأخيرا فان المستأجر يلتزم فوق ذلك بكل ما يفرضه عليه العقد المنشئ
لحقه ، ويغلب أن يضع هذا العقد على عاتقه القيام بتعمير الارض أو
استصلاحها أو القيام بتحسين استثمار العقار أو تغيير تخصيصه •

انتهاء المساقاة أو الاجارة العينية أو الحكر :

٦٢ — ينتهى حق الاجارة العينية بانتهاء الاجل المحدد له • وفوق
ذلك يجوز للمؤجر اذا لم يدفع الايجار فى سنتين متواليتين ، بعد انذار لم
يأت بنتيجة ، أن يطلب من المحكمة اقرارا بفسخ العقد (م ١/٧) • كذلك
يمكن للمستأجر أن يطلب فسخ العقد اذا لم يقم المستأجر بتنفيذ شروطه أو
اذا الحق أضرارا جسيمة بالعقار (م ٢/٧) • ويلاحظ ان الحكم
بالفسخ ليس وجوبيا على المحكمة اذ يجوز لها كما سبق أن قدمنا أن تمنح
للمستأجر مهلة حسب الظروف (م ٣/٧) •

الفصل الثانى

نطاق الملكية

٦٣ — اذا كان حق الملكية كما رأينا حقا ذاتيا يتضمن منفعة الشئ وورقته كلها أو بعضها ، فان لهذا الحق وظيفته التى يقوم بها فى خدمة المجتمع . وقد وقفت المذاهب الفردية والتقنيات التى أتخذتها فلسفة لها ، كالتقنين المدنى الفرنسى فى سنة ١٨٠٤ والتقنين المدنى المصرى القديم فى سنة ١٨٨٣ ، عند ذاتية حق الملكية مغفلة كثيرا من مظاهر الوظيفة الاجتماعية التى لهذا الحق ، حتى بدأت المذاهب الاجتماعية فى الانتشار فأبرزت جوانبها المختلفة (١) .

وقد عبرت المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين المدنى المصرى الحالى عن الوظيفة الاجتماعية للملكية ومظاهرها المختلفة بقولها ان هذا الحق ليس مطلقا لا حد له (٢) ، « بل هو وظيفة اجتماعية يطلب الى المالك أن يقوم بها ويحميه القانون مادام يفعل ، أما اذا خرج على هذه الحدود ، فلا يعتبره القانون مستحقا لحمايته . ويترتب على ذلك نتيجتان :

حيث يتعارض حق المالك مع مصلحة عامة فان المصلحة العامة هى التى تقدم ...

(١) السنهورى ، بند ٣٣٨ .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ٦ ، ص ٦٤ .

وحيث يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هي أولى بالرعاية من مصلحة المالك ، فان هذه المصلحة الخاصة هي التي تقدم ، بعد أن يعرض المالك تعويضا عادلا ... » .

واذا كان النص على الوظيفة الاجتماعية للملكية قد حذف من نص المادة ٨٠٢ في هذا التقنين ، فلم يكن ذلك — كما رأينا — عدولا عما قرره المشروع التمهيدى في هذا الشأن وأنمалан في التطبيقات التي أوردتها المشرع في صلب القانون المدنى والقوانين الخاصة ما يغنى عن النص عليها صراحة ، وهو نفس النهج الذى انتهجه قانون الملكية العقارية اللبنانى .

بيان نطاق الملكية والحدود التى تمارس فيها سلطاته يقتضى اذن بيان الحد الذى ينتهى عنده استعمال المالك لهذه السلطات لمصلحته الشخصية وتبدأ منه حقوق الغير من ناحية وحقوق المجتمع من ناحية أخرى .

المبحث الاول : نطاق الملكية وحقوق الغير .

المبحث الثانى : نطاق الملكية وحقوق المجتمع .

المبحث الاول

نطاق الملكية وحقوق الغير

٦٤ — يقتضى الوضع الناشئ عن تجاوز العقارات تطويع سلطات ملاكها بما يضمن حسن استخدامها جميعا .

وقبل أن نعرض لهذه التطبيقات لابد أن نشير الى علاقة الملكية العامة بالملكيات الخاصة في هذا الشأن . فهل يتحدد نطاق الملكيات الخاصة تجاه الملكية العامة بنفس هذه الحدود ؟ وهل يتحدد بها بالعكس نطاق الملكية العامة تجاه الملكيات الخاصة ؟

لم يثر شك في خضوع الاشياء الخاصة (Domaine privé) المملوكة للدولة ولغيرها من الاشخاص المعنوية العامة ، فيما يتعلق بنطاق حق الملكية الوارد عليها ، لنفس الحدود التي يتعين بها نطاق ملكيات الافراد الخاصة سلبا وايجابا ، ولكن ثار الشك بالنسبة للاشياء العامة (Domaine public) . فقد ذهب البعض ^(١) الى ان علاقة الاشياء العقارية العامة بالاشياء العقارية الخاصة (سواء كانت مملوكة للدولة وغيرها من الاشخاص العامة أو كانت مملوكة لافراد) يحكمها مبدأ استقلال الاشياء العامة عن الاشياء الخاصة . ومؤدى ذلك أن التحديد الذى يضعه القانون المدنى لسلطات الملكية لمصلحة الملكيات المجاورة لا يفيد الملكية العامة ولا يثقلها ، ما لم يوجد نص صريح يقضى بغير ذلك . فمثل هذا التحديد يتعارض مع تخصيص الشئ للمنفعة العامة اذا ما ورد عليه ، ويأخذ طابعا آخر مختلفا عن طابع القانون المدنى اذا ما كان لمصلحته . ولكن الواقع أن هذه النظرة تتبع من نظرة هذا الجانب من الفقه الى حق الدولة والاشخاص المعنوية على الاشياء العامة . فهذا الفقه لا يقر تكييف حق الدولة والاشخاص المعنوية العامة على الاشياء العامة بأنه حق ملكية ، ويرى أنه مجرد حق فى الاشراف والحفظ والصيانة ، ومن ثم كان طبيعيا أن يخلى هذا الفقه بين هذه الاشياء وبين الاحكام المنظمة لنطاق الملكية فى القانون المدنى ^(٢) .

على أن الفقه أصبح يسلم الان بملكية الدولة وغيرها من الاشخاص الاعتبارية العامة للاشياء العامة . ولذلك كان طبيعيا أن يسلم بسريان التحديد الذى يضعه القانون المدنى لنطاق الملكية فى حدود الفرض

(١) جيز فى مقال بمجلة القانون العام سنة ١٩١٠ بعنوان
Indépendance du domaine public et des immeubles riverains
وفى مؤلفه فى القانون الادارى ، الطبعة الحادية عشر ، ص ٦٩٩ وما بعدها
(مشار اليهما فى زهير جرائة ، المرجع السابق ص ٢٢٣ ، ٢٢٤ على
التوالى) ، عبد المنعم رياض ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثانية ،
ص ٥٢٧ وما بعدها ، كامل مرسى ، الاموال الخاصة والاموال العامة
ص ٨٣٨ .

(٢) محمد زهير جرائة ، المرجع السابق ، ص ٢٢٣ .

المخصصة له هذه الاشياء • فيمكن للدولة وغيرها من الاشخاص المعنوية العامة أن تحتج بأحكام القانون المدنى التى تلزم الجار بالا يغلو فى استعمال ملكه عن الحد المألوف والا كان مسئولا عن الضرر الذى يحدثه لجاره ، ويمكن لها أن تستفيد من حقوق الرى والصرف والمرور التى ينظمها هذا القانون اذا كانت تملك عقارا مخصصا للمنفعة العامة وتوافرت فيه شروط الاستفادة من هذه الانظمة • وقد نصت المادة ٦٣ من قانون الملكية العقارية فى لبنان على « أن الارتفاق القانونى العائد للمنفعة العمومية ، سواء أكانت الغاية منه التمكين من الوصول الى شواطئ البحر وضايف مجارى المياه ، أو تأمين أو تسهيل مهمة اعداد المسالك أو المنشآت العمومية والعناية بها أو استعمالها ، وعلى الاخص المنشآت العسكرية البرية أو البحرية ، هو محدد فى القوانين والانظمة الخاصة » • ولكن هذا النص لا يمنع فى نظرنا من سريان التحديد الذى تضعه القواعد العامة لنطاق الملكية على الملكية العامة فى لبنان •

كذلك يمكن لصاحب الملك الخاص ، سواء كان فردا أو كان شخصا من اشخاص القانون العام أو كان مشروعا عاما ، أن يستفيد من هذا التنظيم لنطاق الملكية اذا كان مجاورا لشيء من الاشياء العامة وحدث له ضرر غير مألوف من هذا الجوار أو توافرت فيه شروط الاستفادة من حقوق الشرب والمجرى والمسيل والمرور • على أنه يلاحظ فى الحالة الاخيرة أن استفادة الملكيات الخاصة مقيدة بالغرض المخصص له الشيء العام • فاذا كان تخصيص الشيء العام ، أو أصبح ، يتعارض مع ثبوت حق من الحقوق المذكورة للاشياء الخاصة المجاورة ، فيجب القول بعدم ثبوت هذا الحق له أو بزواله عنه (١) •

وتتلخص تطبيقات هذا الوضع — على حد تعبير المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدنى المصرى الحالى (٢) — فى أمرين :

(١) المرجع السابق ، ص ٢٢٧ ، ٢٤٨ وما بعدها ، والمراجع المذكورة فيه

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ٦ ، ص ٢٤ •

« ١ - يطلب من المالك أن يمتنع عن استعمال حقه فيما يضر بالغير ضرراً غير مشروع ، والذي يطلب هنا هو عمل سلبي ، وتطبيقاً لذلك يجب على المالك ألا يغلو في استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار ، والحد المقصود هنا هو مضار الجوار غير المألوفة ... »

٢ - يجوز للغير ان يتدخل في انتفاع المالك بملكه لمصلحة خاصة هي أولى بالرعاية من مصلحة المالك . وهنا ننتقل من الدائرة السلبية الى الدائرة الايجابية ، وهي قيام الغير بأعمال معينة متعارضة مع حق المالك ... وتطبيقاً لذلك يجيز المشروع للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف المملوك لجارهم فيما تحتاجه أراضيهم من رى أو صرف ، ويعطى حق المجرى وحق المسيل ، كما يعطى حق المرور ويتوسع فيه ... »

المطلب الاول : مسئولية المالك عن الاضرار التي تترتب للغير بسبب استعماله لملكه .

المطلب الثانى : حقوق الارتفاق القانونية .

المطلب الاول

مسئولية المالك

عن الاضرار التي تترتب للغير بسبب استعماله لملكه

٦٥ - يخضع المالك للقواعد العامة فى المسئولية . هذه المسئولية قد يشترط الخطأ فى جانب المسئول لقيامها ، وقد تقوم دون حاجة الى خطأ اذا توافرت ظروف أخرى معينة .

فلا شك أن المالك يسأل اذا تجاوز مضمون حقه ^(١) بأن ارتكب خطأ تترتب عليه ضرر للغير . فاذا تترتب على عدم اتخاذ صاحب مصنع

(١) أنظر فى مجاوزة المالك لحدود حقه : محمد مهدي الجام ، المرجع السابق ، ص ١٢٣ وما بعدها .

الاحتياطات اللازمة أن سالت المياه المتخلفة عن المصنع في أرض الجار كان مسئولاً عن تعويض هذا الجار عما يصيبه من ضرر من جراء ذلك ، وإذا استخدم مالك في حي قديم مبانيه متداعية طريقة حديثة في البناء من شأنها أن تحدث هزات شديدة يترتب عليها زعزعة المباني المجاورة كان مسئولاً عما يحدث لأصحابها من الضرر ^(١) .

على أن الجدير بالذكر في هذا الصدد أن انحسار النزعة الفردية التي كانت تقرن الملكية — والحقوق بصفة عامة — بالحرية باعتبارها أساس قيام الفرد واستقلاله ، والنظر الى الملكية في ضوء ما تقدمه من نفع اجتماعي ، قد مكن من تصور قيام الخطأ في جانب المالك — وصاحب الحق بصفة عامة — في مباشرته لحقه ولو لم يخرج عن مضمون هذا الحق . على هذا النحو ظهرت نظرية التعسف في استعمال الحق التي وضع كل من المشرع اللبناني والمشرع المصري أحكامها . فقد نص المشرع اللبناني في المادة ١٢٤ من قانون الموجبات والعقود على مسؤولية كل صاحب حق يضر بالغير بسبب تجاوز « حسن النية أو الغرض الذي منح من أجله ... الحق » في استعماله لحقه ، ونصت المادة الخامسة من القانون المدني المصري على حالات ثلاث يكون فيها صاحب الحق مسئولاً عما يتسبب للغير من ضرر عن استعماله لحقه ، هي حالة تمحض نيته للاضرار بالغير ، وحالة عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يعود على الغير من جراء استعماله لحقه ، وحالة استهداف صاحب الحق من استعماله لحقه تحقيق مصلحة غير مشروعة . ويلاحظ في هذا الشأن أن المشرع اللبناني يضع معياراً عاماً للتعسف بينما يعتمد المشرع المصري الى إيراد ضوابط متعددة لهذا التعسف . غير أن هذه الضوابط كلها تدور حول فكرة الغاية التي تصاحب الحق والتي تعين بالتالي حدود استعماله المشروع بحيث إذا فارق هذا الاستعمال تلك الغاية كان استعمالاً غير مشروع ، وهي نفس

(١) استئناف مختلط ١٩٢٩/١٠/٣١ ، Bultan ، ٤٢ ، ص ٩ ، وتعليق الدكتور حامد زكي في مجلة القانون والاقتصاد س ١ ، ص ١١٩ وما بعدها .

الفكرة التي يقوم عليها معيار المشرع اللبناني العام . . لذلك فالكلام على الضوابط المصرية يعتبر في نفس الوقت تعداداً لتطبيقات المعيار اللبناني^(١) . ووفقاً لهذه الضوابط يعتبر المالك مسئولاً عن استعماله لحقه في الأحوال الآتية :

١ - إذا لم يقصد باستعماله ملكه سوى الإضرار بالغير . مثال ذلك أن يقيم المالك حائطاً عالياً على حافة ملكه لمجرد حجب النور والهواء عن جاره ، رغم ما قد يعود عليه من متفعة عارضة غير مقصودة لذاتها من وراء إقامة هذا الحائط . وواضح أن تمحض استعمال الملك للإضرار بالغير يعتبر خطأً في جانب المالك . وإذا كان اثبات هذا التمحض أمراً عسيراً في العمل ، ألا أنه يمكن الاستدلال عليه في كثير من الحالات من انعدام مصلحة المالك في استعماله لملكه^(٢) .

٢ - إذا كان يقصد باستعماله لملكه مصلحة معينة ولكن كانت هذه المصلحة غير مشروعة . مثال ذلك أن يحيط المالك أرضه بأعمدة عالية تعلوها أسلاك شائكة تعرقل هبوط الطائرات في أرض مجاورة بقصد إرغام الشركة صاحبة هذه الطائرات على شراء أرضه منه بثمن مرتفع . وواضح أن توافر مثل هذا القصد في استعمال المالك لملكه يتوافر معه الخطأ في جانب المالك .

٣ - إذا كانت المصلحة التي يرمى إلى تحقيقها لا تتناسب مع الضرر الذي أصاب الجار بسببها . والمقصود بذلك الحالة التي تكون فيها مباشرة حق الملكية بقصد تحقيق مصلحة مشروعة للمالك ولكن هذه المصلحة قليلة

(١) في نظرية التعسف في استعمال الحق أنظر بصفة خاصة رسالة الدكتور حسن كيره في نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الفرنسي والقانون المصري ، باريس ١٩٥٢ ، حسن كيره ، أصول القانون ، الطبعة الثانية ، بند ٣٩٨ وما بعده ، والحقوق العينية لنفس المؤلف ، بند ٩٥ وما بعده ، السنهوري الوسيط ، ج ١ ، بند ٥٥ وما بعده ، أنور سلطان ، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية ، القانون والاقتصاد ، ص ١٧ ، ص ٧١ وما بعدها .

(٢) في هذا المعنى أنظر حسن كيره ، الحقوق العينية ، بند ٩٥ والاحكام المشار إليها في ه ٣ ص ٣١٣ وما بعدها .

الاهمية لا تتناسب مع ما يصيب الجار بسببها من ضرر فادح .
وواضح أن مثل هذا المالك مالك مستهتر لا يبالي بما يصيب جاره من
ضرر بليغ لقاء منفعة تافهة لنفسه ، ومن ثم يتوافر الخطأ في جانبه . وقد
أورد المشرع المصرى عدة تطبيقات لهذه الصورة نجد مثيلاً لها في القضاء
اللبنانى . من ذلك مثلاً ، فيما يتعلق بسلطة التصرف ، ما تنص عليه المادة
٩٢٨ من التقنين المدنى من أنه « إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد
جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، جاز للمحكمة إذا رأت محلاً
لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء
المشغول بالبناء ، وذلك في نظير تعويض عادل » (١) ، وما تنص عليه
المادة ٨١٨/ من أنه « ليس للمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوى ،
ان كان هذا يضر الجار الذى يستند ملكه بالحائط » (٢) .

(١) قضت محكمة التمييز في ٨ نيسان سنة ١٩٦٣ (المحامى ، ١٩٦٤ ، ص ٩) أن العلم والاجتهاد لا يأخذان بنظرية اللاحق إذا كان
التجاوز الواقع في البناء تافهاً يحتمل فيه الخطأ ، وفي هذه الحالة يحكم
على الباني حسن النية بتعويض لجاره يقوم على أساس قيمة الجزء الذى
خسره هذا الأخير من ملكه .

(٢) هذا النص يضع قيداً على مالك الحائط الفاصل بين بنائين فيمنع
صاحبه من هدمه إذا توافرت ظروف معينة . والمقصود بذلك الحائط الفاصل
الذى يكون مملوكاً ملكية خالصة لأحد الجارين لا الحائط المشترك بينهما . هذه
الظروف التى يجب توافرها لقيام القيد الخاص بعدم الهدم ترجع الى شروط
ثلاث . فيجب أولاً أن يكون ملك الجار مستنداً بالحائط وهو ما لا يتحقق
الا إذا كان ملك الجار مسوراً من جهات ثلاث وكان الحائط هو حده الرابع .
ويجب ثانياً أن يترتب على الهدم الاضرار بهذا الجار . فإذا كان ملك الجار
المسور مجرد أرض فضاء غير مبنية فيكون للمالك الحائط هدمه لعدم اضراره
في مثل هذه الصورة بالجار . ويجب أخيراً ألا يوجد عذر قوى يبرر الهدم ،
والمقصود بالعذر القوى المصلحة التى تتناسب مع ما يصيب الجار من ضرر
بسبب الهدم .

وهذا الشرط الأخير يفصح عن طبيعة هذا القيد باعتباره مجرد تطبيق
لنظرية التعسف في استعمال الحق المنصوص عليها في المادة الخامسة
من القانون المدنى . فقد نصت الفقرة ب من هذه المادة على أن استعمال
الحق يكون غير مشروع إذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها قليلة
الاهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . =

على هذا النحو تتضح الحدود الذى يباشر فيها المالك حقه بصفة عامة . فالمالك لا يستطيع أن يباشر حقه الا لتحقيق مصلحة له مشروعة وجدية لا للاضرار بالغير او لتحقيق مصلحة غير مشروعة أو لتحقيق مصلحة تافهة لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر .

٦٦ — واذا كان المالك فى مباشرته لحقه يخضع للقواعد العامة فى المسؤولية القائمة على الخطأ ، فان التطور الاقتصادى الحديث قد استلزم التسليم بمسئوليته دون حاجة الى قيام الخطأ فى جانبه أو على الاقل دون حاجة الى اثبات هذا الخطأ اذا توافرت ظروف معينة (١) .

وقد ترجع مثل هذه الظروف الى الاستثمار المعد له الشئ وليس الى الشئ ذاته ، كما هو الحال فيما يتعلق بمسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة .

فقد لوحظ أن القواعد العامة لا تكفى لحماية الجار فكثيرا ما يضر الجار من مباشرة جاره لملكه دون أن يكون من المستطاع نسبة خطأ الى هذا الاخير لكونه يرمى من هذه المباشرة الى تحقيق مصلحة مشروعة

= وواضح أن نص المادة ٢/٨١٨ يقتصر على منع المالك من الهدم دون أن يتجاوز ذلك الى تخويل الجار الذى يستند ملكه بالحائط الحق فى الاستفادة منه فى غير الاستتار به ، كوضع حوائط خشبية فيه أو ما الى ذلك . على أن ذلك لا يمنع هذا الجار اذا قام بشئ من ذلك أن يكتسب حق ارتفاق أو حتى الملكية المشتركة للحائط ، اذا قام بهذه الاعمال بصفته صاحب ارتفاق أو شريكا فى ملكية الحائط ، واستمر ذلك المدة اللازمة للتقادم المكسب .

(١) كما هو الحال فيما يتعلق بالمادة ١٢٩ موجبات لبنانى والمادة ١٧٦ مدنى مصرى الخاصة بمسئولية حارس الحيوان عما يحدثه الحيوان من ضرر ، أو المادة ١٧٧ مدنى مصرى ، الخاصة بمسئولية حارس البناء عن الضرر الذى يحدثه انهزام البناء ، أو المادة ١٣١ موجبات لبنانى والمادة ١٧٨ مصرى الخاصة بمسئولية حارس الجوامد أو الخاصة بمسئولية حارس الآلات الميكانيكية أو الاشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة عما تحدثه هذه الاشياء من ضرر للغير . وقد سبق دراسة كل هذه الاحكام فى السنة الثانية .

وجدية واتخاذها كافة الاحتياطات الممكنة لتجنب جاره ما ينتج عن مباشرته لحقه من ضرر . من ذلك مثلا أن يقيم المالك مصنعا في أرضه ، مع اتخاذ كافة التدابير التي تفرضها القوانين واللوائح ، فيترتب على تصاعد الدخان أو الروائح الكريهة أو الضوضاء منه الأضرار بالملكيات المجاورة ، ومن ذلك أيضا أن يستثمر المالك أرضه في إنشاء مسرح أو سينما أو مدرسة أو مستشفى وما تحدثه الضوضاء الناتجة عن رواد هذه الأماكن من أضرار بالملكيات المجاورة . والجوهري في كل هذه الأضرار أنها لصيقة بنوع الاستثمار ذاته الذي اختاره المالك للملكه بحيث لا يمكن تجنبها مهما اتخذ من تدابير (١) .

وليس من المعقول بالطبع أن نمنع المالك من كل استثمار يترتب عليه ضرر بالغير لا يمكن تجنبه ، طالما أنه لم يرتكب خطأ يتمثل في تقصيره في اتخاذ التدابير اللازمة لمنع الضرر عن الغير أو في تعسفه في استعمال حقه (٢) ، وليس من المعقول كذلك أن نحمل الجيران كل هذه الأضرار . فالعدالة تقتضي التفرقة في هذا الشأن بين ما هو مألوف وما هو غير مألوف من الأضرار بالنسبة للملكيات المجاورة وتحميل المالك مسؤولية الأضرار غير المألوفة وحدها ، وهو ما انتهى إليه القضاء الفرنسي ومن بعده القضاء المصري خروجاً على القواعد العامة في المسؤولية .

وقد عني المشرع المصري بإيجاد السند القانوني لهذا القضاء بنصه في المادة ٨٠٧ من القانون المدني الجديد على أنه « ١ — على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار — ٢ — وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي يمكن تجنبها ، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف ، على أن يراعى في ذلك العرف ،

(١) اسماعيل غانم ، بند ٦١ .

(٢) في هذا المعنى اسماعيل غانم ، بند ٦١ ، و هـ ١ ص ١٣١ . عكس ذلك حسن كيره (رسالته ص ٢٠١ وما بعدها وص ٢٧٢ وما بعدها ، الحقوق العينية الأصلية بند ٩٨) حيث يرد مضار الجوار إلى نظرية التعسف في استعمال الحق .

وطبيعة العقارات ، وموقع كل منها بالنسبة الى الآخر ، والغرض الذى خصصت له • ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق » • ويتضح من ذلك أن المشرع يضع حدا لاختيار المالك أوجه الاستثمار المختلفة للملكه هو عدم الغلو الى حد يضر بالجار ضررا غير مألوف ، فاذا تجاوز هذا الحد كان مسئولا عن ذلك قبل الجار المضور وان لم يكن هناك خطأ فى جانبه بالمعنى الدقيق للكلمة •

ولم يرد فى التشريع اللبنانى نص مماثل لنص التقنين المدنى المصرى • غير أن أحكام «المجلة» المأخوذة عن فقه الشريعة الاسلامية قاطعة فى مبدأ تحريم الضرر الفاحش بين الجيران وتفصيل تطبيقاته وهو نفس مبدأ تحريم مضار الجوار غير المألوفة • ونظرا لان أحكام هذه «المجلة» كانت مطبقة فى لبنان ولم يصدر من المشرع اللبنانى الغاء أو تعديل لها فى هذا الشأن فيمكن الاستناد اليها فى تأسيس المسؤولية عن مضار الحوار غير المألوفة فى التشريع اللبنانى (١) •

على هذا النحو سوف نعرض لشروط المسؤولية عن مضار الجوار ثم لجزاء هذه المسؤولية •

١ — شروط قيام المسؤولية عن مضار الجوار

٦٧ — قيدت المادة ٨٠٧ من التقنين المدنى المصرى فى فقرتها الاولى المالك بعدم الغاو فى استعمال ملكه ، ثم بينت المقصود بالغلو فى فقرتها الثانية بقولها « ليس للجار أن يرجع على جاره فى مضار الجوار المألوفة التى لا يمكن تجنبها ، وانما له أن يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف » • فمعيار الغلو فى استعمال الملك ، الذى يرتب المسؤولية طبقا للمادة ٨٠٧ ، هو الضرر غير المألوف • أما الضرر المألوف فلا يعتبر غلوا فى استعمال الملك ولا يرتب مسؤولية ، الا اذا توافرت الشروط العامة

(١) حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ١٦٢ •

للمسئولية (١) • والمقصود بالضرر غير المألوف هو الضرر الفاحش الذى لا يمكن تحمله بين الجيران على نحو ما يعرفه فقه الشريعة الاسلامية •

وواضح أن معيار الضرر غير المألوف معيار مرن يطبقه القاضى فى كل حالة على حدة وفقا لظروفها ، ويستجيب الى ما قد يستجد فى المستقبل من أضرار نتيجة للتقدم الصناعى • فالضرر الناتج عن مصنع مثلا يعتبر مألوفا اذا كان المصنع قد أقيم فى حى صناعى ويكون غير مألوف اذا كان المصنع قد أقيم فى حى سكنى هادىء • والضرر الذى يكون مألوفا فى زمن معين قد لا يكون كذلك فى زمن آخر وهكذا •

وقد حددت المادة ٨٠٨ مدنى مصرى الظروف التى يجب الاعتداد بها فى تقدير ما اذا كان الضرر مألوفا أو غير مألوف بقولها « على أن يراعى فى ذلك العرف ، وطبيعة العقارات ، وموقع كل منها بالنسبة للآخر والغرض الذى خصصت له » •

ومن تطبيقات القضاء المصرى فى هذا الشأن ما قضت به محكمة استئناف مصر (٢) من أنه اذا أنشأت الحكومة محطة من محطات المجارى على قطعة من أملاكها أقلقت ادارتها راحة السكان فى حى مخصص للسكنى ، كان لهؤلاء السكان الحق فى الرجوع على الحكومة بالتعويض عما أصابهم من ضرر ، وما قضت به محكمة القاهرة المختلطة (٣) من أن شركة الفنادق التى تقيم جهازا لتوليد الكهرباء فى ملحق فندق تملكه تكون

(١) الواقع نه يجب حذف الفقرة الاولى من المادة ٨٠٧ . ففضلا عن أنها تعتبر تزييدا لا فائدة منه مع وجود الفقرة الثانية ، فانها تؤدى الى اللبس عند البحث فى شروط المسئولية عن مضار الجوار ، بما قد توحى به من ضرورة وجود الخطأ كشرط لقيامها واتخاذها أساسا لها ، بينما الواقع — كما يظهر من الفقرة الثانية — أنه ليس هناك مجال للبحث فى سلوك المالك المسئول عند بحث توافر المسئولية وأساسها وإنما البحث يكون فى الضرر الذى أصاب الجار ومدى مألوفيته . قارب منصور مصطفى ه ٢ ص ٥٥ ، وقارب أيضا المادة المقابلة من مشروع التقنين المدنى الجديد .

(٢) ١٩٤٠/١٠/١٧ ، المحاماة ، ٢١ ، رقم ٣٧٦ ، ص ٨٩١ .

(٣) ١٩١٤/٥/٥ — Gazette, 4, 206, 492

مسئولة عن الاضرار التي تصيب الجيران نتيجة الاهتزازات المستمرة الناشئة عن تشغيل هذا الجهاز ، وما قضت به محكمة الزقازيق ^(١) من أنه ليس للجار حق مطالبة جاره بتعويض ما يلحق زراعته من ضرر بسبب ظل أشجاره طالما كان هذا الجار لم يعتمد زراعتها للاضرار به وطالما كان قد اتبع الاصول الزراعية في غرسها .

٦٨ — ويلاحظ أن الظروف التي يتقيد بها القاضى فى تقدير مألوفية الضرر هى الظروف الموضوعية ^(٢) . فاذا كان الضرر الناشئ عن استعمال المالك للملكه مألوفاً وفقاً لهذه الظروف ولكنه يتجاوز الحد المألوف وفقاً لظروف شخصية خاصة بالمضروب فلا تقوم مسؤولية المالك . وعلى ذلك اذا كان الضرر هو الضوضاء الناشئة عن تشغيل مصنع ، وكان المضروب شخصاً مريضاً أو ضعيف الأعصاب يلحقه ضرر جسيم من جراء ذلك ، فلا مسؤولية على المالك اذا كانت هذه الضوضاء لا يترتب عليها الا ضرر مألوف بالنسبة للشخص العادى ^(٣) .

ويذهب البعض الى أن المقصود بالظروف الخاصة بالجار المتضرر ، والتي لا تدخل فى الاعتبار عند تقدير مألوفية الضرر ، هو الظروف الشخصية المتعلقة بهذا الجار دون الغرض المخصص له عقاره ، مادام هذا التخصيص عادياً ومعقولاً ^(٤) . فاذا كان هذا العقار مثلاً مخصصاً ليكون

(١) ١٩٣٣/١٠/٢٢ ، المحاماة ، ١٤ ، رقم ١١٢ ، ص ٢٢٤ .

(٢) فى هذا المعنى : عبد المنعم البدر اوى ، بند ٨٨ ، محمد على عرفة ، بند ١٩٣ ، حسن كيره الحقوق العينية الاصلية ، بند ٩٩ ، اسماعيل غانم ، بند ٦٢ ، انور سلطان ، البحث السابق ص ١٢٣ ، ١٢٤ ، منصور مصطفى منصور بند ٢٣ .

(٣) وينبه البعض (اسماعيل غانم ، بند ٦٢ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٢٤) الى انه اذا قامت المسؤولية وفقاً للظروف الموضوعية البحتة فيمكن بعد ذلك ادخال ظروف المتضرر فى تقدير التعويض المستحق له .

(٤) حسن كيره ، الحقوق العينية الاصلية ، بند ٩٩ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٢٣ ، السنهورى بند ٤٢٩ .

مستشفى ، فان الضرر الناتج عن الضوضاء التي يحدثها مصنع مجاور يمكن أن يعد ضررا غير مألوف بالنسبة لصاحب المستشفى ولو لم يكن كذلك بالنسبة لجار آخر يستعمل عقاره في غرض آخر . فتخصيص عقار الجار لمثل هذا الاستعمال الخاص يعتبر من الظروف الموضوعية ولا يعد من الظروف الشخصية . ويستند هذا الفقه الى ما نصت عليه المادة ٨٠٧ من أنه يراعى في تقدير مدى مألوفية الضرر « العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للآخر والغرض المخصصة له » . ولكن البعض الآخر يرى أنه لا يجب النظر الى الظروف الخاصة بالجار المضروب سواء كانت ظروفها شخصية أو كانت متعلقة بالغرض المخصص له عقاره ، اذ ليس من المقبول أن تتغير الحدود المقررة لحق المالك في استعمال ملكه بتغيير الظروف الخاصة بكل جار على حده . ولا يجد هذا الرأي في الاعتبار التي نصت المادة ٨٠٧ على وجوب مراعاتها في تقدير مألوفية الضرر ما يؤيد الرأي المخالف ، اذ أن هذه المادة تتكلم عن الغرض المخصصة له العقارات في مجموعها ولم تخص بالذكر الغرض المخصص له عقار الجار المتضرر (١) . ونحن نميل الى ترجيح الرأي الذي يعتد بالغرض المخصص له العقار طالما كان هذا الغرض مألوفاً بالنسبة لظروف المكان الذي يوجد فيه هذا العقار . فلا مانع مثلا من أخذ تخصيص عقار الجار كمستشفى في الاعتبار طالما كان في حي سكني هادئ .

كذلك أثير التساؤل عما اذا كان من الممكن النظر في تقدير مألوفية مضار الجوار الى أسبقية التملك أو الاستثمار . فقد ذهب البعض الى أنه اذا كان الاستثمار الضار موجودا قبل أن يصبح المتضرر جارا له أو قبل أن يحدد طريقة استثمار أرضه على النحو الذي يصبح به الاستثمار المجاور ضارا ، فيعتبر الضرر الناتج عن هذا الاستثمار مألوفاً بالنسبة له بحيث لا يكون له المطالبة بالتعويض عنه . فاذا تملك شخص قطعة أرض بجوار مصنع مثلا أو أقام على أرض مملوكة له بجوار هذا المصنع منزلا سكنيا ، فانه لا يستطيع مساءلة صاحب المصنع عما يحدث له من ضرر ناتج

(١) اسماعيل غانم بند ٦٢ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ٥٤ .

عن استثماره لمصنعه • وقد أخذت بعض المحاكم في مصر بذلك ، فقضت محكمة الاستئناف الاهلية في مصر ^(١) بأنه « اذا أقدم شخص على بناء دار قريبة من معامل فلا يحق له التضرر من وجودها لدخان متصاعد من مداخلها أو لقلق تحدثه آلاتها ، لانه جار طارىء عليها ولانه تخير في بناء داره نقطة ظاهرة العيب • وعلى ذلك فلا يحق له طلب تعويض من أصحاب هذه المعامل عن شيء من ذلك » •

ولكن مثل هذا الرأي يجعل للباديء في الامتلاك أو الاستثمار حقا في فرض ارادته على الجيران الطارئين ، باجبارهم اما على القيام بنوع معين من الاستثمار يتلاءم مع استثماره ، واما على تحمل الاضرار غير المألوفة الناشئة عن استثمار المصنع اذا اختاروا بناء أماكن للسكنى ^(٢) ، وهي نتيجة لا يمكن التسليم بها • كل ما في الامر أنه طالما أن العبرة في تقدير مألوفية الضرر بالظروف الموضوعية المختلفة السابقة والتي يترتب عليها تحديد طبيعة الحى ذاته ، فانه يترتب على ذلك أنه اذا أقدم عدة ملاك على بناء المصانع في حى معين مثلا بحيث أصبح هذا الحى مع الزمن من الاحياء الصناعية ، فانه لا يجوز لمن يبنى لنفسه منزلا في هذا الحى — بعد أن تحددت طبيعته — أن يسأل أصحاب هذه المصانع ^(٣) • أما من يكون له منزل في هذا الحى قبل ان تتحدد طبيعته الصناعية فيجوز له مسائلة صاحب المصنع الذى يقام فيه ، ولكن اذا سكت عن ذلك حتى أصبح الحى صناعيا امتنعت عليه هذه المسائلة •

٦٩ — ومن الواضح أن هذه المسؤولية تختلف عن المسؤولية طبقا للقواعد العامة • فالمسؤولية طبقا للقواعد العامة يشترط توافر الخطأ في جانب المسئول لقيامها ، ومتى توافر هذا الخطأ قامت المسؤولية عن كل

(١) ١٠/١٢/١٩٢٧ ، المحاماة ٨ رقم ٣٢٦ ص ٤٩٨ • وانظر أيضا انور

سلطان ، البحث السابق والمراجع المشار اليها فيه .

(٢) حسن كيره ، الحقوق العينية الاصلية ، بند ٩٩ .

(٣) في هذا المعنى اسماعيل غانم بند ٦ ، منصور مصطفى منصور

بند ٢٣ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ٥٥ .

ضرر ينشأ عن هذا الخطأ مهما كان يسيراً • أما المسؤولية الناشئة عن مضار الجوار فلا يشترط توافر الخطأ لقيامها وانما يكفي لذلك وجود الضرر ، ولكنها لا تقوم بالنسبة لاي ضرر وانما بالنسبة للضرر غير المألوف دون الضرر المألوف ^(١) •

واذا كانت مسؤولية المالك عن استعمال ملكه تختلف على هذا النحو عن القواعد العامة في المسؤولية ، فمرجع ذلك أن هذه المسؤولية تقوم على التضامن الاجتماعي الذي يعتبر أساس حل النزاع بين الملاك المتجاورين في استعمال كل منهم لملكه ^(٢) • فالقانون بتقريره لهذه المسؤولية انما يرسم لكل مالك النطاق الذي يجب الا يتعداه في استعماله لملكه والذي يبدأ منه نطاق حق جاره في مثل هذا الاستعمال ^(٣) •

٢ - جزاء المسؤولية عن مضار الجوار

٧٠ - التزام المالك بعدم الغلو في استعمال حقه الى حد يرتب ضرراً غير مألوف للجار ، التزام بامتناع عن عمل ، اذا أخل به كان للجار أن يطلب ازالة الضرر •

وازالة الضرر تصدق على منع هذا الضرر في المستقبل عن طريق التنفيذ العيني ، كما تصدق على منح تعويض للجار المضور عما لحقه فعلاً من ضرر ، على نحو ما تنص عليه المادة ٨٠٧/٢ مدنى مصرى صراحة •

والتنفيذ العيني يتدرج « من الامر بتعديل طريقة الاستغلال الى الامر بتحديد نسبية من حيث الزمان أو المكان ، الى الحكم بوقف جزء منه ،

(١) قريب من هذا المعنى : اسماعيل غانم بند ٦١ و هـ ١ ص ١٣١ • وانظر في رد مضار الجوار غير المألوفة الى تحمل التبعة أو الخطأ الناشئ عن الخروج عن الحدود القانونية لحق الملكية : السنهورى ج ٨ ، بند ٤٣٧ والمراجع المشار اليها • وانظر في رد هذه المضار الى فكرة الاثراء بدون سبب : كربونييه ، المرجع السابق ، ص ١٩٥ وما بعدها •

(٢) عبد المنعم فرج الصدة ، بند ٥٣ •

(٣) شفيق شحاته ، النظرية العامة للحق العيني ، ١٩٥١ ، بند ٦٨ •

الى الحكم بازالته كليا وغلق المحل أو المصنع « (١) وفقا للظروف .
 فقد يكفى لازالة الضرر اجراء تعديل في مصدره كتعليية المدخنة أو توجيه
 فوهتها وجهة أخرى أو نقل بعض الآلات من مكانها أو وضع عوازل
 للصوت . وقد يكفى لازالة الضرر امتناع المالك عن العمل خلال الاوقات
 التى تتحقق فيها الاضرار للجيران ، كأوقات النوم . وقد لا يكون هناك
 من سبيل سوى ازالة مصدر الضرر نهائيا ، كغلق المحل أو المصنع . على
 أنه يندر في الواقع أن يحكم القاضى بالازالة الكلية ، اذ أن تطبيق مبدأ
 عدم التعسف في استعمال الحق على الحق في طلب الازالة يمنع من اجابة
 المضرور الى طلب الازالة اذا كان الضرر الذى يصيب المالك من جراء
 اجابته الى طلبه لا يتناسب البتة مع ما يصيب المتضرر من ضرر (٢) .
 والغالب في هذه الحالة أن يحكم القاضى بالتعويض اذا لم يكن من الممكن
 تعديل الاستثمار بما يجنب الجار المضار دون ضرر فادح بصاحبه .

٧١ — ويلاحظ أن الاستثمار الذى تسبب في الضرر قد يكون مرخصا
 به من جهة الادارة ، كما هو الحال في شأن المحلات الخطرة أو المضرة
 بالصحة والمقلقة للراحة التى يستوجب القانون الحصول على ترخيص
 ادارى بتشغيلها ، فهل يمنع مثل هذا الترخيص من مسائلة صاحب
 الاستثمار ؟ الواقع أن هذا الترخيص قصد به التأكد من توافر
 الاشتراطات التى نص عليها القانون ضمانا للمصلحة العامة ولكنه لا يرفع
 المسؤولية عما يمكن أن ينتج من ضرر الجيران عن هذا الاستثمار (٣) .
 لذلك فقد عنت المادة ٨٠٧ من التقنين المدنى المصرى بالنص على ان الترخيص
 الادارى لا يحول دون مسؤولية المالك اذا ما توافرت شروط هذه المسؤولية
 من قيام ضرر غير مألوف .

(١) حسن كيرة ، الحقوق العينية الاصلية ، بند ١٠٠ .

(٢) المرجع السابق ، في الموضع السابق .

(٣) في هذا المعنى : حسن كيرة ، بند ١٠٠ ، اسماعيل غاتم بند ٦٣ ،
 عبد المنعم فرج الصدة بند ٥٦ .

على أنه إذا كان من المسلم به أن الترخيص الإداري بالاستثمار لا يعفى المالك من المسؤولية ، فقد ذهب البعض ^(١) الى أن الجزاء في هذه الحالة هو التعويض النقدي بحيث لا يجوز للقاضي أن يحكم بإزالة الاستثمار المرخص به • ويرجع ذلك الى أن الحكم الصادر بإزالة يتضمن الغاء للقرار الإداري الصادر بالترخيص وهو ما لا يجوز للمحاكم القضائية الحكم به •

وإذا كان لهذا القول ما يبرره في ظل القانون الفرنسي والمصري القديم حيث تقوم مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة دون نص قانوني، فإنه يمتنع الأخذ به في ظل القانون المدني المصري الجديد حيث تقوم هذه المسؤولية بناء على نص المادة ٨٠٧ التي عنيت بالنص على أن الجار له أن « يطلب إزالة ••• المضار ••• ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق » • فهذا النص يجرد الترخيص الإداري من كل أثر على مسؤولية المالك عن مضار الجوار ، سواء فيما يتعلق بقيامها أو فيما يتعلق بآثارها ^(٢) •

المطلب الثاني

حقوق الارتفاق القانونية

٧٢ — يحدد المشرع اللبناني في قانون الملكية العقارية بعض « الاعباء العينية » التي تثقل سلطات المالك العقاري في سبيل ضمان بعض المصالح الخاصة التي يراها جديرة بالرعاية كالأعباء الخاصة بالمرور أو بالمياه أو

(١) محمد على عرفة ، ج ١ بند ١٩٦ ،

Colin et Capitant, Droit civil français, par Guillot de la Morandière, t. I, 1947, No. 1026.

(٢) في هذا المعنى : اسماعيل غانم ، بند ٦٣ والمراجع المشار إليها في هـ ٢ ص ١٣٦ ، السنهوري بند ٤٤٠ •

بالمطلات ، المناور على ملك الجار ، تحت عنوان « الارتفاق الطبيعي »
وعنوان « الارتفاق القانوني » . كذلك يعدد المشرع المصري مثل هذه
الاعباء تحت عنوان « القيود القانونية التي ترد على الملكية » .

وهذه الاعباء العينية ترد على عقار فتحد من منفعته لصالح عقار
آخر ، أو ترد على كل من العقارين فتحد من منفعة كل منهما لصالح
العقار الآخر على سبيل التبادل ، فتماثل بذلك حقوق الارتفاق في
مضمونها ، فهل تعتبر من قبيل حقوق الارتفاق بالمعنى الدقيق ؟ هذا
ما يأخذ به التقنين المدني الفرنسي وقانون الملكية العقارية اللبناني وما كان
يذهب اليه التقنين المدني المصري القديم . فهذه التقنينات تعتبر هذه
الاعباء من قبيل الارتفاقات وتطلق عليها الارتفاقات القانونية أو الارتفاقات
الطبيعية بحسب الاحوال تميزا لها عن حقوق الارتفاق التي تنشأ بفعل
الانسان والتي سبقت دراستها . ومع ذلك فقد آثار تكييفها جدلا كبيرا
في الفقه .

فقد ذهب البعض الى أن هذه الاعباء القانونية لا تعتبر حقوقا بالمعنى
الدقيق ^(١) ذلك أنها تفرض بقوة القانون لصالح وعلى عائق كل عقار
تتوافر فيه الشروط التي جعلها القانون مناطا لقيام « العبء » ، بينما
حقوق الارتفاق تعتبر أعباء استثنائية تنشأ بفعل الانسان على عقار معين
لصالح عقار معين آخر .

بعبارة أخرى فهذه الاعباء التي يطلق عليها القيود القانونية للملكية تمثل
النطاق القانوني العادي للملكية ، بينما حقوق
الارتفاق تمثل الخروج على هذا الوضع بإنشاء الانسان وضعا
استثنائيا خاصا بملكية معينة . فالقانون مثلا حينما يضع قيودا قانونيا يقرر

(١) في هذا المعنى : حسن كيره ، الحقوق العينية الأصلية بند ٦٤ ،
اسماعيل غانم ، بند ٤٤ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ٤٧ ، السنهوري
بند ٣٩٣ . انظر أيضا :

Baudry-Lacantinerie et Chauveau, op. cit., No. 818.

بمقتضاه لملك الارض المحبوسة عن الطريق العام المرور في الارض المجاورة، ، فانه يحدد بذلك الوضع العادى لمضمون كل الملكيات المجاورة لارض محبوسة عن الطريق العام من تحملها بمرور الجار المحبوسة أرضه عن هذا الطريق . أما اذا انشأ المالك حق ارتفاق بالمرور لصالح أرض مجاورة غير محبوسة عن الطريق العام ، فانه في هذه الحالة يحمل أرضه بعبء استثنائى ما كان ليترتب بقوة القانون لولا أن قام هو بترتيبه بارادته .

والواقع أن تماثل المراكز القانونية أو اختلافها لا يتحدد بتماثل مصدرها واختلافه أو بوفرتهما وندرتهما في الواقع العملى وانما يتحدد بمضمونها (١) . لذلك فنحن لا نتردد في القول بأن الاعباء القانونية المفروضة على سلطات المالك بقوة القانون تعتبر حقوق ارتفاق بالمعنى الدقيق طالما أنها تماثل في مضمونها حقوق الارتفاق التى تنشأ بارادة الافراد ، ذلك المضمون الذى يتمثل في تحميل عقار بعبء معين لصالح عقار آخر (٢) . ولعل هذا ما يفسر كون الفقه المفكر لهذا التكليف مضطر عند عرضه لهذه الاعباء الى الكلام عن حق الشرب وحق المجرى وحق المسيل وحق المرور .. الخ . أما كون

(١) قارب :

Planiol, Ripert et Picard, 2ème éd., No. 905, Marty et Raynaud, No. 144.

(٢) شفيق شحاته ، بند ٣٣٠ . قارب منصور مصطفى منصور ، بند ٤ ، حيث يعتبر ارتفاقات المياه والمرور حقوق ارتفاق حقيقية وينكر هذه الصفة على قيود المسافات «باعتبار أن كل مالك يمتنع عليه أن يفتح مطلا على أقل من المسافة القانونية دون تمييز بين مالك وآخر » ، بعكس الاولى التى قد توجد وقد لا توجد مما لا يمكن معه القول بأنها تمثل الوضع العادى لحق الملكية .

وانظر عبد المنعم البدر اوى ، بند ٧٨ ، حيث يفرق أيضا بين ارتفاقات المياه والمرور فيعتبرها ارتفاقات بالمعنى الصحيح وبين قيود المسافات فيعتبرها مجرد قيود على الملكية .

وانظر في نقد هذه التفرقة : اسماعيل غانم (ص ٩٧ هـ ١) ، حيث يقول « ولا يكفى أن يقال أن قيد المسافة لا يعطى لغير المالك — على عكس « ارتفاقات » المياه والمرور — سلطة اجراء أى عمل من الاعمال على عقاره ، اذ أن الارتفاق قد يكون سلبيا يقتصر الأمر فيه على منع مالك العقار المرتفق به من استعمال ملكه على نحو معين .. »

القانون هو مصدر هذه الحقوق وما يستتبعه من كونها أعباء عامة تفرض على جميع العقارات التي توجد في وضع معين بقوة القانون ، فينحصر أثره في تمييز هذه الحقوق ببعض الاحكام التي تختلف فيها عن حقوق الارتفاق الارادية ، دون أن يؤثر في طبيعتها (١) .

١ - فاذا كان حق الارتفاق مصدره القانون فان وجوده لا يرتبط بقيد أو تسجيل ، اما اذا ان كان مصدره هو الاتفاق فان وجوده يرتب بالقييد أو بالتسجيل ، اذ أن القيد أو التسجيل مرتبط بالمصدر وقاصر على الحقوق التي يكون مصدرها التصرف القانوني . وقد نص المشرع اللبناني صراحة على هذا الفارق بقوله في المادة ١/٥٨ من قانون الملكية العقارية أنه « شذوذاً عن المبدأ المقرر بالمادة ١٠ من القرار المختص بالسجل العقاري ، تعفى من النشر والاعلان حقوق الارتفاق الناتجة عن الحقوق الطبيعية للاماكن وعن الموجبات المفروضة بالقانون » (٢) .

٢ - واذا كان حق الارتفاق مصدره القانون ، فانه لا يسقط بعدم الاستعمال مهما طالت مدته ، طالما ظلت الشروط التي جعلها القانون مناطاً له متوافرة في كل من العقار المرتفق به والعقار المرتفق . أما اذا كان مصدره الاتفاق فانه يسقط، كما يقضى المشرع المصري، بعدم الاستعمال مدة التقادم المسقط (م ١٠٢٧ / ١ مدني) . ورغم خلو التشريع اللبناني من نص مماثل لنص المشرع المصري فان الارتفاق الذي يكون الاتفاق مصدره يسقط فيه كذلك بعدم الاستعمال على الاقل بالنسبة للعقارات غير المسووحة . فالاول يرتبط وجوده بتوافر شروط قيامه ، بينما الاخر

(١) قارب

Carbonnier, Droit civil, T. II, p. 183.

(٢) وقد قضت محكمة التمييز بحكمها الصادر في ١٢/٣/١٩٥٩ (مجموعة باز ، ١٩٥٩ ، ص ٦٧) بأن الارتفاقات القانونية المعفاة من التسجيل هي « الارتفاقات العامة والشاملة لجميع العقارات التي تتوفر لها عناصر تلك الارتفاقات » . أما ارتفاق التخطيط الذي يرتبه القانون على العقار لمصلحة الاملاك العامة فانه « وان كان مصدره القانون الا أنه يخضع لمعاملة التسجيل على الصحيفة العينية لانه يتناول عقارات معينة دون سواها » .

يرتبط وجوده باستعماله • وعلى ذلك اذا كان لارض معينة حق المرور القانونى على أرض مجاورة لانحباسها عن الطريق العام ، فان هذا الحق يظل باقيا ما بقى الانحباس ولو لم يمارس المرور بالفعل ، أما اذا كان مصدر هذا الحق فى المرور هو الاتفاق فانه يسقط بعدم الاستعمال مدة التقادم المسقط •

كذلك اذا كان حق الارتفاق مصدره القانون فانه يسقط باختلال الشروط التى جعلها القانون مناطا لقيامه مهما طالّت مدة استعماله قبل اختلال هذه الشروط • فاذا ظل صاحب العقار المخدم يمارس السلطات التى كان يخولها هذا الارتفاق قبل سقوطه فانه يكسب ارتفاعا جديدا اذا استمرت ممارسته لهذه السلطات مدة التقادم المكسب ، وذلك بالنسبة للارتفاقات غير الظاهرة فى القانون المصرى (م ١٠١٦ / ٢) والعقارات غير المسوَّحة فى القانون اللبنانى • ولكن هذا الارتفاق الجديد لا يعتبر ارتفاعا قانونيا ، وانما يخضع لاحكام الارتفاق الاتفاقى ، فيمكن سقوطه هو الآخر اذا امتنع صاحب العقار المخدم عن استعماله من بعد اكتسابه مدة التقادم المسقط • فاذا وجدت أرض منحبة عن الطريق العام كان لها حق المرور القانونى على الارض المجاورة للوصول الى الطريق العام ، ولكن اذا زال هذا الانحباس بفتح طريق عام على حافة الارض المنحبة من الناحية الاخرى زال حق المرور القانونى ، فاذا ما استمر صاحب الارض التى كانت منحبة يمارس المرور فى الارض التى كان يمارس فيها حقه القانونى فى المرور مدة التقادم المكسب بعد زوال حقه اكتسب ارتفاعا جديدا بالتقادم ، ويكون هذا الارتفاق الجديد بالمرور قابلا للسقوط بعدم الاستعمال •

٣ — واذا تصرف مالك فى عقاره ثم تبين المتصرف اليه بعد ذلك وجود ارتفاق على هذا العقار ، فان كان هذا الارتفاق مصدره القانون فان المتصرف لا يكون ضامنا لوجوده ، لان مناط وجود هذا الارتفاق هو توافر شروط معينة فى كل من العقار الخادم والعقار المخدم يفترض فى المتصرف اليه العلم بها • أما اذا كان هذا الارتفاق قد اكتسب بالاتفاق أو التقادم فان المتصرف يكون ضامنا لان وجود مثل هذا الارتفاق الاخير يعتبر وضعا

استثنائيا لا يتوافر بالضرورة في ظروف العقار المتصرف فيه • فاذا ضمن البائع مثلا خلو المبيع من حق ارتفاق المثل فانه يضمن للمشتري خلو المبيع من حق ارتفاق للمطل فرضه الاتفاق أو كسب بالتقادم وهو أن يكون للجار حق فتح مظل على أقل من المسافة القانونية ، ولكنه لا يضمن خلو المبيع من حق المطل القانوني بفتح الجار مطلا على المسافة التي يحددها القانون •

أما فيما عدا هذه الفروق التي ترجع الى اختلاف المصدر فيجب أن يسرى على حق الارتفاق القانوني أحكام الارتفاق الاتفاقي فيما لم يرد بشأنه نص • فيمكن مثلا أن ينطبق عليها الحكم الخاص بسقوط حقوق الارتفاق اذا تخلى مالك العقار المرتفق به عن عقاره (١) •

وحقوق الارتفاق القانونية منها ما هو ايجابي يخول لمالك العقار المخدم أن يمارس عملا معيناً على العقار الخادم كحق المرور ، ومنها ما هو سلبي يقتصر على تخويل هذا المالك سلطة اقتضاء امتناع كالامتناع عن البناء على مسافة معينة •

١ — الارتفاقات القانونية الايجابية

٧٣ — الاصل أن مالك مورد خاص للمياه أو مصرف لها يكون له أن يستأثر بالانتفاع به وأن يمنع غيره من استعماله فيما تحتاجه أرضه من رى أو صرف ، وأن مالك الأرض له أن يستأثر بالانتفاع بها وأن يمنع غيره من استعمالها في اجراء مياه ريه أو صرفه أو في المرور خلالها الى الطريق العام • غير أن تقرير هذا الاصل من شأنه أن يهدد بالموات بعض الاراضى التي لا تجد كفايتها من الماء لبعدها عن مورد أو لا تجد مخرجا لصرف المياه الزائدة عن حاجتها لبعدها عن مصيه ، كما قد يؤدي الى استحالة أو عرقلة استعمال أو استثمار بعض الاراضى لانحباسها عن الطريق انحباسا كلياً أو جزئياً • لذلك فقد خرج كل من المشرع اللبناني والمشرع المصري على

(١) هذا وقد عاد مشروع التقنين المدني المصري الجديد الى اعتبار القيود القانونية على الملكية من قبيل حقوق الارتفاق ، فأضاف كلمة القانون الى المادة التي تتكلم عن طرق اكتساب الارتفاق ، كما عالج هذه القيود في المكان المخصص لحقوق الارتفاق •

Baudry-Lacantinerie et Chauveau, op. cit., No. 818.

هذا الاصل وقررا لمثل هذه الاراضى حقوقا فى الرى والصرف والمرور ^(١) .
وسوف نعرض أولا لحق المرور على اعتبار أنه يقدم لنا أساسا يمكن على
ضوئه تفهم الحقوق الاخرى فى الرى والصرف .

(١) حق المرور القانونى

٧٤ — تنص المادة ٧٤ من قانون الملكية العقارية اللبنانى على أنه «لصاحب
العقار المحاط من كل جانب والذي لا منفذ له الى الطريق العمومية أن يطلب
ممرًا فى الاراضى المجاورة مقابل دفعه تعويضا بنسبة الضرر الذى قد
يسببه ، ويعطى نفس الحق صاحب العقار الذى ليس له الا منفذا غير كاف
لاستثماره استثمارا زراعيا أو صناعيا » ، وتنص المادة ٨١٢/١ من التقنين
المدنى المصرى على أن « مالك الارض المحبوسة عن الطريق العام أو التى
لا يصلها بهذا الطريق ممر كاف اذا كان لا يتيسر له الوصول الى ذلك الطريق
الا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة ، له حق المرور فى الاراضى المجاورة بالقدر
اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف ، ما دامت هذه
الارض محبوسة عن الطريق العام ، وذلك فى نظير تعويض عادل .
ولا يستعمل هذا الحق الا فى العقار الذى يكون فيه المرور أخف ضررا وفى
موضع منه يتحقق فيه ذلك » . فهذان النصان يحددان شروط توافر الحق
القانونى فى المرور ويعينان المكان الذى يمارس فيه هذا الحق ويعينان العوض
عن ذلك .

الانحباس عن الطريق العام مناط الحق فى المرور :

٧٥ — يثبت الحق القانونى فى المرور لكل أرض محبوسة أيا كان وجه
استثمارها ، سواء كانت أرض بناء أو أرضا زراعية أو أرضا معدة للاستثمار
الصناعى ^(٢) .

(١) راجع فى هذا الصدد رسالة الدكتور جلال العدوى « الاجبار القانونى
على المعاوضة » ، بند ٢٧٥ وما بعدها .
(٢) نقض مدنى ١٩٤٢/١/٢٩ ، مجموعة عمر ، رقم ١٤٠ ، ص ٤١١ ،
منصور مصطفى منصور ، بند ٣٢ ، حسن كيره ، دروس فى الحقوق العينية
الاصلية ، ص ١٠٩ .

وقد قرر القانون حق المرور لتمكين الارض من الطريق العام ، ومن ثم فهو يثبت في حالة الانحباس عن الطريق العام • وقد كان المقصود بالانحباس في القانون الفرنسى والمصرى القديم هو الانحباس التام • غير أن أخذ الانحباس بهذا المفهوم الضيق قد تكشف عن قصور في تلبية احتياجات العمل • ذلك أنه كثيرا ما تكون الارض متصلة بالطريق العام ويكون هذا الاتصال غير كاف بالنظر لما أعدت له من استعمال • لذلك فقد تدخل المشرع الفرنسى بقانون ٢٠ أغسطس سنة ١٨٨١ لاثبات حق المرور في حالة اتصال الارض بالطريق العام اتصالا لا يفي باحتياجاتها ، وسأيره المشرع اللبنانى في هذا التعديل فنص في المادة ٧٤ من قانون الملكية العقارية على أن « لصاحب العقار المحاط من كل جانب والذي لا منفذ له الى الطريق العمومية أن يطلب ممرًا في الاراضى المجاورة •• ويعطى نفس الحق صاحب العقار الذى ليس له الا منفذ غير كاف لاستثماره استثمارا زراعيا أو صناعيا » ، وجاء القانون المدنى المصرى الجديد فأثبت حق المرور للارض التى لا يصلها بالطريق العام ممر كاف « اذا كان لا يتيسر •• الوصول الى ذلك الطريق الا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة » •

فالارض التى يصلها بالطريق العام ممر غير كاف تعتبر محبوسة • ويعتبر الممر غير كاف على نحو ما يوضحه النص المصرى اذا كان لا يتيسر الوصول الى الطريق العام الا بنفقات باهظة أو مشقة كبيرة • ومثال الحالة الاولى أن يكون فى الامكان انشاء ممر فى ذات الارض المراد اثبات حق المرور لها أو توسيع ممر قائم لىفى باحتياجاتها ولكن هذا الانشاء أو التوسيع يحتاج لنفقات لا تتناسب مع قيمة هذه الارض أو أهمية استثمارها • ومثال الحالة الاخرى أن يكون هناك ممر شديد الانحدار يصل الارض بالطريق العام ولكن استثمارها يحتاج لمرور الخيل والدواب محملة مثلا ، مما يعرضها للخطر •

غير أنه يبدو من النص اللبنانى أن حق المرور لا يثبت للارض المحبوسة انحباسا جزئيا الا اذا كانت هذه الارض المحبوسة معدة للاستثمار الزراعى أو الصناعى دون غيره وكان الممر الذى يصلها بالطريق العام غير كاف بالنظر الى هذا الاستثمار وحده ، اذ أن هذا النص يجرى على اثبات حق المرور

لصاحب العقار » الذى ليس له الا منفذ غير كاف لاستثماره استثمارا زراعيا أو صناعيا » . ومثل هذا القيد لم يجر عليه النص المصرى . ومع ذلك فنعتقد أن المشرع اللبنانى لم يرد بهذا النص وضع قيد على ثبوت حق المرور للأرض التى لا يصلها بالطريق ممر كاف بقدر ما قصد إيضاح معنى عدم كفاية الممر بالإشارة الى أنها تعنى الحالة التى يكون للأرض فيها ممر ولكن هذا الممر غير كاف بالنظر للاستثمار المعدة له الأرض كما لو كانت الأرض معدة للاستثمار الزراعى أو الصناعى . فذكر الاستثمار الزراعى والصناعى فى النص لم يرد به اذا سوى التمثيل للاستثمار الذى تعد له الأرض والذى يجعل الممر الذى يصلها بالطريق العام غير كاف بالنظر الى متطلباته .

وتقدير كفاية الممر مسألة موضوعية يفصل فيها القاضى على ضوء الانتفاع المخصصة له الأرض . فالمر الذى يتسع لعبور المشاة قد يكون كافيا لتلبية احتياجات أرض مبنية ولكنه لا يكفى لتلبية احتياجات أرض معدة للزراعة . والمر الذى يتسع لممر الدواب قد يكون كافيا لتلبية احتياجات أرض معدة للزراعة ولكنه لا يكفى لتلبية احتياجات أرض مقام عليها مصنع يحتاج لممر عربات النقل . وما دامت كفاية الممر مرتبطة بوجه الانتفاع المخصصة له الأرض فإن حق المرور يتبع تغير هذا الانتفاع وجودا وعدما . فقد يكون الممر كافيا بالنظر الى الانتفاع المعدة له الأرض ولكنه يصبح غير كاف بالنظر الى الانتفاع الجديد أو العكس ، فيتوافر الانحباس أو ينعدم وينشأ بذلك حق المرور أو ينتفى .

ومن الواضح أن الانحباس بالمعنى المتقدم ينتفى اذا كان لمالك الأرض البعيدة عن الطريق العام حق ارتفاق اتفاقي بالمرور الى هذا الطريق أو بصفة عامة حق ارتفاق من ذلك النوع الذى يحدثه الانسان ، وكان هذا الارتفاق كافيا بحسب الاستعمال المخصصة له الأرض . ويلاحظ أن الارتفاق الاتفاقي كما ينشأ بتصرف قانونى مستقل أو بشرط يرد فى تصرف قانونى كبيع أو قسمة أو مقايضة ، فإنه قد ينشأ بقوة القانون استنادا الى مثل

(١) حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ١٠٩ .

هذا التصرف باعتباره من مستلزماته • فالمادة ٢٢١ من قانون الموجبات والعقود اللبناني تقضى بأن العقود المنشأة على الوجه القانونى تلزم المتعاقدين ويجب أن تفهم وتفسر وتنفذ وفقا لحسن النية والانصاف والعرف • والمادة ١٤٨/٢ من التقنين المدنى المصرى تقضى بأن العقد — أو التصرف القانونى عموما — لا يقتصر على الزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته ، وفقا للقانون والعدالة بحسب طبيعة الالتزام •

ويقيس الفقه الغالب على الحالة السابقة حالة تمتع مالك الارض المحبوسة بالمرور فى أرض أحد جيرانه بناء على تسامح من هذا الجار ، فيرفضون الاعتراف له بحق المرور القانونى ^(١) ولكننا نرى مع البعض أن لمالك الارض المحبوسة الحق فى المرور القانونى فى هذه الحالة ، باعتبار أن مروره فى أرض جاره على سبيل التسامح لا يثبت له حقا فى المرور يحميه القانون ، بعكس حالة مروره بناء على حق ارتفاق اتفاقى ^(٢) •

واذا كان المشرع لم يصف أى شرط للانحباس فالمسلم به فقها اشترط ألا يكون الانحباس ناشئا عن فعل المالك ، سواء كان هذا الفعل اراديا فى رأى البعض ، أو أى فعل فى رأى البعض الآخر • فاذا كان للارض ممر يصلها بالطريق العام فشغله صاحبها بالبناء أو كان لها ارتفاق اتفاقى بالمرور فتنازل عنه صاحبها أو تركه يسقط بالتقادم ، فلا يكون لهذه الارض حق قانونى فى المرور بالاراضى المجاورة ^(٣) •

(١) محمد كامل مرسى ، ج ١ ، بند ٣٢٣ ، شفيق شحاته بند ٣٦٠ ، عبد المنعم البدر اوى ، بند ٣٣٨ ، اسماعيل غانم ، بند ٥٥ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ٧٠ •

(٢) حسن كيره ، الحقوق العينية الاصلية ، بند ٧٢ ، دروس فى الحقوق العينية الاصلية ، ص ١١١ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٣٢ ، السنهورى بند ٤٩٦ •

Baudry-Lacantinerie et Chauveau, No. 1047.

(٣) شفيق شحاته ، بند ٣٦٠ ، عبد المنعم البدر اوى بند ٣٣٨ ، اسماعيل غانم ، بند ٥٥ ، حسن كيره ، الحقوق العينية الاصلية ، بند ٧٢ ، دروس فى الحقوق العينية الاصلية ، ص ١١١ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ٧٢ ، السنهورى بند ٤٦٦ •

=

وينتقد البعض بحق اطلاق هذا القول • ذلك أنه من المسلم أن الانحباس الذى يثبت حق المرور القانونى قد يكون نتيجة تغيير الاستعمال المخصصة له الارض والاستعمال يحدث بفعل المالك • فيجب التمييز في أفعال المالك المؤدية للانحباس بين ما يؤدي منها الى حرمانه من المرور وما لا يؤدي الى ذلك • فليس من المعقول التسوية بين من يحبس أرضه عن الطريق العام بطريق يقيمه عليها ومن يغير في استثمار أرضه بما يؤدي الى عدم كفاية الارتفاق الاتفاقي المقرر له • ويرى هذا البعض أن يكون التمييز على أساس ما اذا كان الفعل الذى أدى الى الانحباس قد اقتضاه الاستثمار المعقول للارض أم لا (١) • فاذا تبين أن التنازل عن الارتفاق أو عدم استعماله بما يؤدي الى سقوطه كان بسبب تغيير المالك لطريقة استثمار الارض ، فلا يحرم من حق المرور القانونى • أما اذا كان التنازل عن الارتفاق أو عدم استعماله مما لا يقتضيه الاستثمار الجديد المعقول للارض فلا يجوز المطالبة بالمرور القانونى •

ورغم عدم وجود مثل هذا النص في القانون اللبناني فيجب مع ذلك العمل بمقتضاه في لبنان أخذا بحكم المنطق وما يقضى به من زوال الأثر بزواج اسبابه (٢) • وتطبيقا للاحكام العامة في شأن الارتفاقات القانونية (٣) •

٧٦ — وحق المرور يثبت بمجرد توافر الانحباس • فمتى توافر الانحباس قام الحق ، ولا يؤثر في قيامه سكوت صاحبه عن المطالبة به أو قعوده عن استعماله مهما طالت مدة هذا السكوت أو عدم الاستعمال ، على نحو ما رأيناه بصدد بيان طبيعة حقوق الارتفاق القانونية •

= ولكن محكمة النقض الفرنسية قضت باعطاء حق المرور للمالك الذى كان له حق ارتفاق بالمرور وسقط هذا الحق بعدم الاستعمال ، حكم دائرة العرائض في ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مشار اليه في :

(Beudant-Lerebours Pigeonnière et Voirin), No. 534.

(١) منصور مصطفى منصور ، بند ٣٢ • وقارب أيضا :

(Beudant-Lerebours Pigeonnière et Voirin), No. 534.

(٢) في هذا المعنى : حسن كيره ، دروس في الحقوق العينية الاصلية ،

ص ١١٥ •

(٣) انظر ما سبق ، بند ٧٢ •

كذلك يزول حق المرور بزوال الانحباس • وقد نصت المادة ٨١٢/١ من التقنين المدنى المصرى على ذلك بقولها ان حق المرور يتقرر للارض المحبوسة « ما دامت هذه الارض محبوسة عن الطريق العام » • فاذا فتح طريق عام مثلا على حدود الارض التى كانت محبوسة أو تملك صاحبها أرضا ملاصقة لها تكون متصلة مباشرة بالطريق العام ، زال الحق القانونى فى المرور •

وحق المرور القانونى يزول بزوال الانحباس مهما طاللت ممارسته ، فلا يمكن اكتسابه بالتقادم على نحو ما رأينا ^(١) • ويستوى فى ذلك أن يكون زوال الانحباس قبل المطالبة بالمر وتعيينه فى أرض الجار أو بعد تعيينه واستعماله فعلا ، على أن يكون لصاحب الارض فى الحالة الاخيرة أن يسترد من التعويض الذى يكون قد دفعه لملك الارض التى تعين فيها الممر قدرا من التعويض يتناسب مع ما تفاداه من ضرر نتيجة زوال حق المرور ، اذ الفرض أن التعويض قد روعى فيه عبء قدر دوامه •

نطاق المرور : تعيين الممر وطريقة المرور :

٧٧ — يثبت الحق فى المطالبة بالمرور القانونى لملك الارض المحبوسة عن الطريق العام ، ويثبت هذا الحق أيضا لمن يكون له حق عينى على العقار المحبوس يخول له استعماله أو استثماره ، كالمنتفع والمحتكر وصاحب حق الاستعمال أو السكنى ، رغم أن نص المادة ٧٤ لبنانى والمادة ٨١٢ مصرى قد يشعر بأن الحق قاصر على مالك الارض المحبوسة ملكية تامة • ذلك أن هذه الحقوق العينية تثبت لصاحبها سلطة مباشرة على الشئ تخول له استعماله أو استثماره ، فيكون له المطالبة بما للمالك من مكتات تيسر هذا الاستعمال أو الاستثمار دون حاجة لوساطة • وبالعكس لا يثبت هذا الحق لاصحاب الحقوق الشخصية ، كالمستأجر العادى • فهؤلاء ليس لهم

(١) فى هذا المعنى : السنهورى ، بند ٤٦٧ •

سلطة مباشرة في استعمال الشيء أو استثماره ، ومن ثم وجب عليهم الالتجاء الى المالك للحصول على مثل هذه المكنة (١) .

واذا كان مناط الحق في المرور هو الانحباس على المعنى السابق ، فانه يلزم تحديد نطاقه ، من حيث الممر الذي يكون عليه المرور وطريقة هذا المرور . وتحديد نطاق المرور يكون باتفاق الطرفين . فاذا لم يمكن الوصول الى اتفاق ، كان تحديده عن طريق القضاء . وقد وضعت المادة ٧٥ من قانون الملكية العقارية اللبناني والمادة ٨١٢ من التقنين المدني المصري عدة قواعد يستهدى بها القاضي في تعيين هذا النطاق . وهاتان المادتان لا تخصصان نوعا معينا من الاراضى لممارسة المرور فيه ، فيمكن أن يمارس في كل ما يجاور الارض المحبوسة من أراضى متصلة بالطريق العام ، سواء أكانت أرض بناء أو أرضا فضاء أو أرضا معدة للاستثمار الصناعى ، حتى ولو كانت مسورة ، ما دام من الممكن فتح باب السور لتمكين صاحب المرور من ممارسة حقه ، وسواء أكانت هذه الارض ملكا خاصا أم ملكا عاما ، ما دام المرور في هذه الاخيرة لا يتعارض مع تخصيصها للمنفعة العامة . وليس أدل على ذلك من أن حق المرور الاتفاقي يجوز أن يترتب على العقارات العامة على نحو ما تقضى به صراحة المادة ١٠١٥ من التقنين المصري بنفس القيد (٢) .

واذا كان المرور يمكن أن يكون على أى نوع من أنواع الاراضى المجاورة للارض المحبوسة ، فقد حرص المشرع اللبناني والمشرع المصري على

(١) محمد كامل مرسى ، ج ١ ، بند ٣٢٨ ، شفيق شحاته ، بند ٣٦٢ ، محمد على عرفة ، بند ٢٢٨ ، عبد المنعم البدر اوى ، بند ٣٣٦ ، اسماعيل غانم بند ٥٧ ، حسن كيرة بند ٧١ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ٧٥ ، السنهورى بند ٤٦٦ ، زهدى يكن ، و ٢ ، بند ٢٥٥ .
وانظر أيضا :

Marty et Raynaud, No. 291.

(٢) السنهورى ، بند ٤٦٩ . وانظر ايضا في هذا المعنى

Marty et Raynaud, No. 29.

وهذا هو رأى محكمة النقض الفرنسية

(Req. 11/11/1867, s. 1868, 1, 30).

ولكن مجلس الدولة الفرنسى لا يقر هذا الرأى (انظر الاحكام المشار اليها في (Marty et Raynaud, p. 30 note 7)

ألا ينجم عنه الا أقل ضرر ممكن لهذه الاراضى • وفى هذا الصدد نجد بعض الخلاف بين القانون اللبناني والقانون المصرى • فبينما تقضى المادة ١/٧٥ من قانون الملكية العقارية اللبناني بأنه « يجب أن يؤخذ الممر فى الجهة التى تكون فيها مسافة الارض المحاطة الى الطريق العمومية أقصر ما يمكن » و « أنه يجب أن يعين الممر فى النقطة التى يسبب فتحة فيها أقل ضرر لصاحب الارض الذى يكون منحة » ، نجد المادة ٨١٢ من القانون المدنى المصرى تقضى بأن « لا يستعمل الحق فى المرور الا فى العقار الذى يكون المرور فيه أخف ضررا وفى موضع منه يتحقق فيه ذلك » • ومقتضى هذا الفارق أن المرور يجب أن يكون فى القانون اللبناني على الارض الاقرب الى الطريق العام ، ولو كانت هذه الارض تتحمل نتيجة لذلك بضرر أكبر من الضرر الذى قد تتحمله أرض أخرى أبعد عن الطريق العام لو تم المرور فيها ، بينما القاعدة فى القانون المصرى أن يكون المرور على الارض التى يكون المرور فيها أقل ضررا ولو كانت هذه الارض أبعد عن الطريق العام عن أرض أخرى مجاورة تكون أقرب الى الطريق العام لكن المرور فيها يكون أكبر ضررا • وواضح أن حكم القانون المصرى أفضل فى هذا الشأن • ولكن اذا تعينت الارض التى تكون محلا للمرور على هذا النحو ، فيجب أن يكون موضع الممر فيها سواء فى التشريع اللبناني أو فى التشريع المصرى — هو الموضع الذى يكون أخف ضررا لصاحبها ، دون أن يكون من اللازم أن يكون من شأنه بالضرورة جعل الممر أقصر ، اذا كانت نتيجة ذلك زيادة الاضرار بالارض المحملة بالمرور (١) •

على أن المشرع اللبناني والمشرع المصرى يستثنيان من القاعدة السالفة حالة ما اذا كان الانحباس ناشئا عن تجزئة العقار بناء على تصرف قانونى

(١) وقد قضت محكمة التمييز بأن المادة ٧٥ من قانون الملكية العقارية وان كانت أوجبت أخذ الممر فى الجهة التى تكون مسافته من الارض أقصر ، الا أنها أوجبت من جهة ثانية أن يعين الممر فى النقطة التى يسبب فتحة فيها أقل ضرر لصاحب العقار الذى يفتح فى رضى ، بمعنى أن هذان الشرطان أساسيان ويجب أن يتوافرا معا دون تفضيل لاحدهما على الآخر • فاذا قالت محكمة الاستئناف بأن أحد الممرات المقترحة من الخبير وان يكن أطول من الممرين الآخرين الا أنه أقل ضرر منهما ، فلا تكون قد فسرت المادة ٧٥ تفسيرا خاطفا (تمييز ١٩٦٣/٢/٢٢ ، المحامى ، ١٩٦٣ ، ص ١٥٨) •

فيفرضان أن يكون المرور في هذه الحالة في أجزاء هذا العقار ، طالما كان من الممكن إيجاد ممر كاف فيها . فقد نصت المادة ٧٦ من قانون الملكية العقارية اللبناني على أنه « اذا أصبحت الارض محاطة من كل جانب بسبب تجزئتها أثر بيع أو مبادلة أو قسمة أو أى عقد كان ، فلا يجوز طلب ممر الا في الاراضى التى تكون هذه المعاملات قد جرت عليها . بيد أنه اذا تعذر فتح ممر كاف فى الاراضى المقسومة، تطبق عندئذ المادة ٧٤» ونصت المادة ٨١٢/٢ من التقنين المدنى المصرى على أنه « اذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئاً عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانونى ، وكان من المستطاع إيجاد ممر كاف فى أجزاء هذا العقار ، فلا تجوز المطالبة بحق المرور الا فى هذه الاجزاء » . والمقصود بذلك بالطبع الحالة التى لا ينص فيها التصرف القانونى على انشاء ارتفاق بالمرور لصالح الجزء المحبوس على عائق الاجزاء المتصلة بالطريق العام ، ولا يمكن استخلاص التزام بانشاء مثل هذا الارتفاق من الارادة الضمنية لاطراف التصرف أو من قواعد الضمان الخاصة بهذا التصرف أو من القواعد العامة فى تحديد ما يشمل التصرف طبقاً للمادة ٢٢١ من قانون الموجبات والعقود اللبناني والمادة ١٤٨/٢ من القانون المدنى المصرى ^(١) .

(١) أما اذا أمكن استخلاص مثل هذا الارتفاق فلا يكون هناك انحباس يرتب الحق القانونى فى المرور ، ويخضع هذا الارتفاق لاحكام الارتفاق الاتفاقى دون حق المرور المنصوص عليه فى المادة ٧٤ لبنانى و ٨١٢/١ مصرى . وعلى ذلك فهو يثبت بدون مقابل جديد ، لان المفروض أن مقابل المرور قد دخل فى اعتبار اطراف التصرف عند ابرامه ، ولا ينتقل الالتزام بانشاء الارتفاق الى الخلف الخاص الا اذا كان عالماً بوجوده وقت انتقال الملكية اليه وفقاً للقواعد العامة فى انتقال الالتزامات الى الخلف الخاص (فاذا لم ينتقل الى الخلف الخاص طبقاً لهذه القواعد تحقق الانحباس من جديد وأمكن المطالبة بالمرور القانونى بمقابل طبقاً للمادة ٧٤ لبنانى و ٨١٢/١ مصرى) ، ويسقط بعدم الاستعمال مدة التقادم . ولكن حق الارتفاق ذاته أو الالتزام بانشاءه يزول اذا أصبح الجزء المستفيد منه متصلاً بالطريق العام أو يبقى ، بحسب ما يتضح من تفسير التصرف القانونى ومعرفة ما اذا كان انشاء الارتفاق معلقاً على شرط الغاء (شرط فاسخ) هو زوال الانحباس عن الطريق العام أو غير معلق على ذلك .

وواضح أن العدالة تقضى في هذه الحالة بتحميل الجزء المتصل بالطريق العام من العقار الذى تمت تجزئته بالمرور القانونى دون العقارات الأخرى المجاورة للجزء المحبوس ، ولو كان المرور فى هذا الجزء أبعد عن الطريق العام أو أكثر عبثاً وأشدّ ضرراً ، لأن الانحباس قد نشأ عن عمل طرفى التصرف . ولكن يراعى أن النص اللبنانى — فى ظاهره — يقصر هذا الحكم على حالة ترتب الانحباس الكلى أو « الإحاطة من كل جانب » على التجزئة ، بينما النص المصرى عام يشمل الانحباس الكلى والانحباس الجزئى على السواء ، فهل معنى ذلك أنه إذا ترتب على تجزئة العقار بناء على تصرف قانونى انحباس أحد أجزائه انحباساً جزئياً أن المرور يمكن تقريره فى هذه الحالة على العقارات المجاورة إذا كانت أقرب الى الطريق العام تطبيقاً للقاعدة العامة فى تعيين مكان المرور دون القاعدة الاستثنائية التى تنص عليها المادة ٧٦ من القانون ؟ الواقع أنه ليس من السهل تصور تحقق الانحباس الجزئى فى هذه الحالة . فاما أن يترتب على التجزئة الانحباس الكامل واما أن يقرر أطراف التصرف صراحة أو ضمناً للجزء البعيد عن الطريق العام ارتفاقاً بالمرور . وفى هذه الحالة الأخيرة سوف يكون المرور الاتفاقى كافياً بحسب الغرض المخصص له الجزء البعيد عن الطريق العام ، فإذا تغير هذا الغرض من بعد بحيث أصبح الممر المقرر غير كاف أصبح له حق قانونى فى المرور يتحدد موضعه وفقاً للقاعدة العامة فى المادة ٧٥ .

أما إذا لم يكن من المستطاع إيجاد ممر كاف للجزء المحبوس فى أجزاء العقار الأخرى فتسترد القاعدة العامة فى تحديد الممر سلطانها ، ويكون تعيين الممر فى العقار الذى يكون أقرب الى الطريق العام أو العقار الذى يكون المرور فيه أخف ضرراً من العقارات المجاورة ^(١) . وكل من المشرع اللبنانى

(١) هذا الراى الذى نقول به فى تفسير المادة ٧٦ من القانون اللبنانى والمادة ٢/٨١٢ من القانون المصرى يخالف المسلم فى الفقه ، سواء فى فرنسا أو فى لبنان ومصر . ففى فرنسا كان القضاء يعتبر المرور فى حالة الانحباس الناشئ عن تجزئة العقار مروراً اتفاقياً ، فلما تقرر الحكم المقابل للنص اللبنانى والنص المصرى — قانون ٢ أغسطس سنة ١٨٨١ — قيل أن المشرع قد جعل المرور فى حالة الانحباس المترتب على تجزئة العقار بتصرف قانونى مروراً =

والمرع المصرى صريح فى ذلك، اذ تقضى المادة ٧٦ من قانون الملكية العقارية اللبناى بأنه « . اذا تعذر فتح ممر كاف فى الاراضى المقسومة ، تطبق عندئذ المادة ٧٤، وتقضى المادة ٨١٢/٢ من التقنين المدنى المصرى بأن المرور فى الارض التى تمت تجزئتها مشروط بأن يكون من المستطاع ايجاد ممر كاف فى أجزاء هذا العقار » .

كذلك عنيت المادة ٨١٢ من التقنين المدنى المصرى بتحديد المرور بنصها على أنه يكون « بالقدر اللازم لاستغلال (الارض المحبوسة) واستعمالها على الوجه المألوف » ورغم عدم وجود نص مماثل فى التشريع اللبناى

= قانونيا بعد أن كان اتفاقيا (Baudry-Lacantinerie) (et Chauveau, 1056) ولكن أغلبية القضاء والفقه لا زالت على أن المصدر المباشر لحق المرور هو التصرف القانونى (Beudant, Lerebours Pigeonnière et Voirin, Les biens, No. 540; Marty et Raynaud, No. 291).

وهذا هو الراى الذى يقف عنده الفقه المصرى كذلك .

على أن هذا الفقه قد اختلف فى كيفية استنباط حق المرور الاتفاقى من التصرف القانونى . فالبعض يسنده الى الالتزام بالضمان المترتب على التصرف أو الى الالتزام بتسليم المبيع وملحقاته اذا ما كان التصرف بيعا (فى هذا المعنى : محمد على عرفة ، بند ١٣٦ ، عبد المنعم البدر اوى ، بند ٣٤٣) . ولكن هذا الاساس أن استقام فى حالة أو أكثر فهو لا يستقيم فى الاحوال الأخرى . فاذا كان التصرف بيعا مثلا باع به المالك الجزء المتصل بالطريق العام واحتفظ لنفسه بالجزء المحبوس ، أو كان المالك قد باع الجزئين لمشتريين مختلفين فلا يمكن القول بأن مشتري الجزء المتصل بالطريق العام يلتزم نحو البائع أو المشتري الآخر بالضمان أو التسليم (فى هذا المعنى ، منصور محمد منصور ، بند ٣٥) .

وذهب البعض الآخر الى اسناد الحق الاتفاقى فى المرور الى الإرادة الضمنية أو المفترضة للمتصرف (حسن كيره ، الحقوق العينية الأصلية ، بند ٧ ، دروس فى الحقوق العينية الأصلية ، ص ١١٢ ، محمد كامل مرسى ، ج ١ ، بند ٣٣٧) . ولكن الواقع أنه لا يجب اللجوء الى الإرادة الضمنية الا اذا أمكن بالفعل استخلاص إرادة حقيقية وهو ما لا يتوافر بالطبع فى جميع الاحوال ، أما الإرادة المفترضة فهى إرادة القانون .

وذهب البعض الآخر الى الاستناد الى نص المادة ١٤٨/٢ من التقنين المدنى المصرى التى تقضى بأنه « ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه . ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته ، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام » . فالتصرف الذى أدى الى تجزئة العقار =

فلا شك أن هذا الحكم يجب الأخذ به كذلك في هذا التشريع باعتباره حكماً منطقياً لا حاجة لتقريره في نص صريح . فالمرور يكون إذا بالقدر اللازم للاستثمار المعدة له الأرض المحبوسة سواء في القانون المصري أو اللبناني . ويستوى بعد ذلك أن يكون هذا المرور على سطح الأرض ، أو في باطنها عن طريق إنشاء نفق أو مد أنابيب للمياه والغاز ، أو في الفضاء الذي يعلوها بعد أسلاك تمر عليها القاطرات . للضرورة لاستثمار محجر قائم في أحد الجبال مثلاً .

فاذا تعين المر بالاتفاق أو بحكم القاضي على النحو السابق ، ولم يستعمله مالك الأرض المحبوسة مدة التقادم المسقط بعد دفع التعويض اللازم

= يولد التزاماً على عاتق صاحب الجزء المتصل بالطريق العام بإنشاء حق ارتفاق بالمرور للجزء المحبوس ولو لم يرد فيه شرط صريح أو ضمنى ، باعتباره من مستلزماته (اسماعيل غانم ، بند ٥٩ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ٧٩ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٣٥) . ولكن هذا الرأي لا يسلم هو الآخر من النقد الذي يوجه الى الآراء الأخرى . فهو إذا كان يستقيم في كثير من الحالات ، إلا أنه لا يستقيم في حالات أخرى ، وعلى الأخص إذا ما نص صراحة في التصرف القانوني الذي ترتبت عليه تجزئة العقار على أنه ليس للجزء المحبوس عن الطريق العام المرور في الأجزاء الأخرى ، إذ كيف ينص التصرف على حرمان صاحب الجزء المحبوس ويمكن مع ذلك إسناد الحق في المرور الى هذا التصرف ؟ ان المادة ٢/١٤٨ لا تنطبق بداهة الا عند عدم وجود شرط في التصرف القانوني .

والواقع أنه لا مناص من التسليم بأن الحق في المرور في حالة الانحباس المترتب على تجزئة العقار هو مرور قانوني طبقاً للمادة ٧٤ لبناني و ١/٨١٢ مصري ، ويأخذ كل أحكام هذا المرور دون المرور الاتفاقى ، وأن المادتين المذكورتين تقتصران على مجرد التعديل في أحكام المادة ٧٦ لبناني و ٢/٨١٢ مصري فيما يتعلق بتحديد الأماكن التي يتم فيها المرور . وهذا بعد ما توحى به المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني المصري ، فقد جاء في هذه المذكرة تعليقا على النص المقابل للمادة ٨١٢ « قرر المشرع أيضاً تقييداً عادلاً لحق المرور يقضى بأنه إذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئاً عن تجزئة عقار .. »

سقط حقه في هذا التعويض ، وتعين عليه ان أراد ممارسة حقه في المرور القانوني طلب تعيين ممر جديد مقابل تعويض جديد (١) .

٧٨ — واذا كان نطاق حق المرور القانوني يتحدد ، على النحو السابق اتفاقا أو قضاء ، الا أنه قد يتحدد عن طريق الحيابة . فقد لا ينتظر مالك الأرض المحبوسة هذا الاتفاق أو القضاء ويقوم مباشرة بالمرور في أرض مجاورة . في هذه الحالة يكون للمالك هذه الأرض الأخيرة أن يطلب الى القضاء نقل المرور الى أرض أخرى من الاراضى المجاورة ان كان المرور فيها أقصر طريق الى الطريق العام في القانون اللبناني أو أخف ضررا في القانون المصري ، وأن يطلب تعيين موضع آخر للمرور في أرضه يكون أخف ضررا من الموضع الذى اختاره مالك الأرض المحبوسة في كلا القانونين ، وأن يطلب قصر المرور على ما يلزم لاستعمال الأرض المحبوسة واستثمارها على الوجه المألوف ان كان المرور الذى يمارسه مالك الأرض المحبوسة يجاوز هذا الحد في كلا القانونين كذلك . فان سكت عن المطالبة بما يكون له من ذلك واستمر مالك الأرض المحبوسة يستعمل حقه في المكان الذى اختاره وبالطريقة التى اعتادها مدة التقادم ، ثبت حقه في المرور في الموضع الذى اختاره وبالطريقة التى مارسه بها باجماع الفقه (٢) ، وان ثار الخلاف بعد ذلك على تبرير هذا الحكم .

ومرجع هذا الخلاف ، أن حقوق الارتفاق القانونية ، كما هو معروف ، لا تكسب بالتقادم . لذلك ذهب البعض في سبيل التخلص من هذه الصعوبة الى القول بأن الذى يكتسب بالتقادم في هذه الحالة هو موضع المرور

(١) قارب اسماعيل غانم ، بند ٥٦ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ٧٧ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٣٣ .

(٢) انظر في هذا المعنى نقض مدنى ١٣/٣/١٩٥٨ ، مجموعة أحكام النقض س ٩ ، ص ٢١٢ ، نقض مدنى ٢٨/٤/١٩٦٢ ، مجموعة أحكام النقض س ١٣ ، رقم ٩٢ ، ص ٥٥١ .

وطريقته وليس حق المرور في ذاته ^(١) . وذهب البعض الى أن ثبوت حق مالك الأرض المحبوسة يرجع الى سقوط حق مالك الأرض التي يباشر عليها المرور في الاعتراض ^(٢) . وذهب البعض الثالث الى أن الذي يثبت للمالك الأرض المحبوسة ليس هو الحق القانوني في المرور وإنما هو حق ارتفاق جديد يخضع لاحكام الارتفاق الاتفاقي فلا يزول بزوال الانحباس ^(٣) .

ويذهب استاذنا الدكتور منصور مصطفى منصور ^(٤) الى ضرورة بحث كل حالة على حدة لمعرفة ما اذا كان صاحب الأرض المحبوسة قد باشر حقه في المرور في الحدود التي رسمها المشرع بنص المادة ٨١٢/١ مصرى (والمادة ٧٥ لبناني) ، أو أنه تجاوز هذه الحدود . فإذا كان صاحب الأرض المحبوسة قد باشر حقه في الحدود التي رسمها المشرع يبقى حقه مرورا قانونيا وفقا لنص المادة المذكورة ، ويفسر عدم اعتراض مالك الأرض التي باشر عليها المرور بعدم وجود محل للاعتراض . أما اذا كان صاحب الأرض المحبوسة قد تجاوز في مباشرته لحقه الحدود التي رسمها المشرع ، فلا يمكن اعتبار حقه في المرور حقا قانونيا ، سواء قلنا انه اكتسب موضع المرور وطريقته بالتقادم لان التقادم يرد على الحقوق العينية ولا يرد على موضع وطريقة المرور بغير نص ، أو على أساس سقوط حق مالك الأرض التي يباشر عليها المرور في الاعتراض لان المرور قد تم بالمخالفة للحدود

(١) محمد علي عرفة ، ج ١ ، بند ٢٣٤ ، محمد كامل مرسى ، ج ١ ، بند ٣٣٨ ، ميشال كامل الخورى و شاهين حاتم ، حقوق الارتفاق ، ج ١ ، بند ١٢٧ زهدى يكن ، ج ٢ ، بند ٢٦٣ .

(٢) حسن كيرة ، الحقوق العينية الاصلية ، بند ٧٣ ، و ه ١ ص ٢٣٠ ، دروس في الحقوق العينية الاصلية ، ص ١١٧ ، اسماعيل غانم ، بند ٥٧ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ٧٧ ، السنهورى بند ٤٧١ .

(٣) شفيق شحاته ، بند ٣٦٤ ، عبد المنعم البدر اوى ، بند ٣٣٧ .

وهذا الراى هو الذى اخذت به محكمة النقض الفرنسية ، انظر :

Req. 27/12/1904, D.P. 1905, 1, 74, s., 1904, 1, 246; Civ. 20/2/1922. D.P., 1925, 1, 80.

وانظر في هذا الراى : Colin et Capitant, op. cit., No. 1017.

(٤) بند ٣٣ .

التي رسمها المشرع للمرور القانوني ، ويتعين اعتبار حق المرور في هذه الحالة مرورا مكتسبا بالتقادم لا يخضع لاحكام المرور القانوني وانما يخضع لاحكام المرور المكتسب بالاتفاق . ولذلك يتعين القول باقتصاره في ظل القانون اللبناني على الاراضي المسوحة التي يجوز فيها وحدها اكتساب حق التقادم .

مقابل المرور :

٧٩ — لا يثبت حق المرور دون مقابل وانما نظير تعويض يدفع مقابل الاضرار التي سببها تقريره (١) . وقد نصت المادة ٨١٢/١ من التقنين المدني المصري على أن يكون التعويض عادلا بينما جعلته المادة ٧٤ من قانون الملكية العقارية اللبناني بنسبة الضرر الذي قد يسببه المرور (٢) . والتعويض العادل هو ما يقابل ما ترتب على المرور في أرض الجار من ضرر على نحو ما نص عليه المشرع اللبناني ، دون نظر الى مدى النفع الذي عاد على الأرض المحبوسة من اتصالها بالطريق العام ، ويتم تحديده بالاتفاق أو عن طريق القضاء . ولم يشترط المشرع المصري أو اللبناني أن يدفع التعويض مقدما . وعلى ذلك فللمحكمة عند عدم الاتفاق أن تعين طريقة دفع التعويض . فقد ترى وجوب دفعه مقدما ، وقد ترى دفعه على أقساط دورية متجددة أو غير متجددة . ويكون لمالك الأرض التي تقرر عليها المرور أن يمنع مالك الأرض المحبوسة من المرور اذا امتنع عن دفع ما يستحق من التعويض ، تطبيقا للقواعد العامة في الحبس .

ويسقط الحق في المطالبة بتقرير التعويض بمضي المدة من وقت ممارسة المرور اذا لم يكن قد تحدد قضاء أو اتفاقا . اما اذا كان التعويض قد حدد فيسقط الحق في المطالبة به بمضي المدة من وقت استحقاقه اذا كان

(١) راجع في هذا الشأن جلال العدوي في رسالته ، بند ٢٩٠ ، حيث يرى في حق المرور التزاما قانونيا بالمعارضة .

(٢) وقد قضت محكمة النقض في (١٩٥٦/١١/٢٠) ، مجموعة باز ، ١٩٥٦ ، ص ١٤٩) بأن التعويض الذي يتوجب على طالب حق المرور يفرض فيه أن يتناول قيمة العقار المرتفق به واكلاف الحواجز الفاصلة بين العقارين .

واجب الدفع جملة واحدة ، أو من وقت استحقاق كل قسط — بالنسبة لهذا القسط — اذا كان الدفع واجبا على أقساط دورية •

(ب) حقوق الري والصرف :

٨٠ — اذا كان الانحباس عن الطريق العام انحباسا كليا أو جزئيا هو ، كما رأينا ، الواقعة المسببة لحق المرور ، فان الانحباس عن مورد المياه أو مصرفها هو ما يجب أن نرى فيه الواقعة المسببة لحقوق الري والصرف أو المسيل (١) • وقد أوضحت ذلك بجلاء المادة ١٦ من قانون الري والصرف رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ في مصر بنصها على أنه « اذا رأى أحد ملاك الاطيان أنه يستحيل أو يتعذر عليه ري أرضه ريا كافيا أو صرفها صرفا كافيا الا بإنشاء مسقاة أو مصرف موجود في أرض الغير وتعذر عليه التراضى مع أصحاب الارض ذوى الشأن •• فيرفع شكواه الى مفتش الري » • ومؤدى ذلك أنه يجب لقيام مثل هذه الحقوق استحالة أو تعذر ري الارض أو صرفها ريا أو صرفا كافيا الا بتقريرها • ونعرض فيما يلي لشروط قيام كل من هذه الحقوق في كل من القانونين على ضوء أحكام قانون الملكية العقارية اللبناني مكملة بأحكام المجلة والقانون المدنى المصرى مكملة بقانون الري والصرف المصرى •

١ — حقوق الري

٨١ — يثير الري الزراعى مشكلة تمكين المالك من ري أرضه من المياه الخاصة المملوكة لجاره مما يعرف بحق الشرب ، ومشكلة تمكينه من الوصول الى مورد المياه البعيد عبر أرض جاره مما يعرف بحق المجرى ، ومشكلة اسناد الانشاءات الفنية اللازمة لدفع الماء الى ضفة المجرى المملوكة لجاره مما يعرف بحق اسناد الانشاءات •

(١) جلال العدوى فى رسالته ، بند ٢٨٥ وما بعده •

حق الشرب :

لم ينظم المشرع اللبناني في قانون الملكية العقارية حق الشرب • ومع ذلك فقد نظمت « المجلة » هذا الحق فيجب العمل بأحكامها في هذا الصدد نظرا لان قانون الملكية العقارية اللبناني لم يبلغ أحكامها الا فيما تعارض منها مع أحكامه على نحو ما تنص عليه المادة ٢٧٠ منه ^(١) : أما المشرع المصري فقد نظم هذا الحق في القانون المدني •

وفي هذا الشأن تنص المادة ٨٠٨/١ من التقنين المدني المصري على أن « من أنشأ مسقاة •• (خاصة) طبقا للوائح الخاصة بذلك ، كان له وحده حق استعمالها » • غير أن المشرع يحد من سلطة المالك، المطلقة في الاستئثار بمسقاته باعطاء الملاك المجاورين حق الشرب عليها لتمكينهم من رى أراضيهم منها • فقد نصت المادة ٨٠٨/٢ من التقنين المذكور على أنه « يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة (الخاصة) •• فيما تحتاجه أراضيهم من رى •• بعد أن يكون مالك المسقاة •• قد استوفى حاجته منها •• وعلى الملاك المجاورين في هذه الحالة أن يشتركوا في نفقات انشاء المسقاة •• وصيانتها بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع بها » •

فالترع العامة لكل مالك الاستفادة منها وفقا للوائح الخاصة بذلك ، أما المسقاة الخاصة فالاصل أن لصاحبها وحده حق الاستفادة منها ، ما لم تتوافر شروط المادة ٨٠٨/٢ مدنى مصرى • ومن الواضح أن شرط الاستفادة من المسقاة الخاصة هو الجوار • ولكن المشرع المصرى لم يحدد المقصود بالجوار ، هل هو جوار المسقاة أم جوار الارض التي توجد بها • وقد ذهب البعض الى أن المقصود هو جوار المسقاة فقط ، فلا يكفى جوار الارض الموجودة بها لثبوت حق الشرب ، تأسيسا على أن حق الشرب حق استثنائى ورد على خلاف الاصل فيجب عدم التوسع في تفسيره ^(٢) •

(١) زهدى يكن ، ج ٢ ، بند ٣١٦ •

(٢) حسن كيرة ، الحقوق العينية الاصلية ، بند ٦٧ •

وذهب البعض الآخر الى أن المقصود هو جوار الأرض ، تأسيسا على أن لفظ الجوار ورد مطلقا في النص ومطلق الجوار يتحقق بجوار الأرض التي تخترقها المسقاة ، فضلا عن أن هذا التفسير يتفق وحاجات الري الزراعى ^(١) . ويلاحظ أن افاده الأرض المجاورة للأرض التي بها المسقاة من حق الشرب الذى يثبت لها هذا الرأى الاخير يقتضى حصول مالكةا على حق المجرى لأمرار المياه من المسقاة الى أرضه عبر أرض الجار كما سنرى . ويلاحظ كذلك أن المادة ١٦ من قانون الري والصرف المصرى قد أغفلت حتى شرط الجوار ، فضلا عن شرط ملاصقة أرض الجار لمسقاة المالك ذاتها ، مكتفية بالانحباس عن مورد المياه وهى الواقعة التى يجب أن نرى فيها مناط حق الشرب كما سبق أن رأينا .

وطبقا للمادة ١٦ من قانون الري والصرف المذكور ، على طالب الحصول على حق الشرب ، اذا لم يستطع التراضى على ذلك مع مالك المسقاة ، أن يتقدم بطلب الى مفتش الري الذى يفصل فيه بعد التحقق منه وفقا للإجراءات التى تحددها المادة المذكورة . ويكون قرار مفتش الري فى هذا الشأن خاضعا لرقابة القضاء الادارى ^(٢) .

وقد فرض المشرع على أصحاب الحق فى الشرب ، المساهمة فى نفقات انشائه والاشتراك فى نفقات صيانتة بنسبة مساحة أراضيهم المنتفعة بالمسقاة (م ٢/٨٠٨) . والمقصود بنفقات الانشاء ، نفقات شق المسقاة وحدها ، وليس ثمن الأرض التى شقت فيها أو قيمة الانتفاع بها . لذلك فتبقى المسقاة ملكا خالصا لصاحبها دون أن يترتب على انتفاعهم بها الاشتراك فى ملكيتها ، وهذا ما يفسر تقييد المشرع حقهم فى الاستفادة من

(١) شفيق شحاته بند ٣٧١ ، عبد المنعم البدر اوى ، بند ٣٥٤ ، اسماعيل غانم ، بند ٥١ ، عبد المنعم فرج الصدة بند ٦١ ، منصور مصطفى منصور بند ٢٧ ، السنهورى بند ٤٤٦ . وقد عدل مشروع التقنين المدنى الجديد النص المقابل للمادة ٢/٨٠٨ بما يتفق مع هذا الرأى .

(٢) السنهورى ، بند ٤٤٨ ، محمد على عرفة ، بند ٢٢٢ وما بعده .

المسقاة بأن يكون المالك قد استوفى حاجته منها أولا • ويلاحظ البعض أنه ما دام أن ملكية المسقاة تبقى خالصة للمالكها وان له الاستفادة منها بالاولوية على أصحاب حق الشرب ، فلا يكون هناك معنى للزام هؤلاء بالاشتراك في نفقات انشاء المسقاة ، وكان يجب الاقتصار على الزامهم بالاشتراك في نفقات الصيانة • وطبقا للمادة ٧٧ من قانون الري والصرف تقوم بتقدير التعويض — عند عدم الاتفاق عليه — لجنة بينت هذه المادة تشكيلها • ويكون قرار هذه اللجنة خاضعا لرقابة القضاء الادارى ^(١) • وقد نص قانون الري والصرف على أنه لا يحق للملاك المجاورين استعمال المسقاة الا بعد أداء ما يجب عليهم من نفقات (م ١٨) •

حق المجرى :

٨٢ — قد تكون الارض المراد ريها بعيدة عن مورد المياه ، بحيث يتحتم مرور المياه اليها في ارض الجار والا حكم عليها بالموات • وقد واجهت المادة ٧٧ من قانون الملكية العقارية اللبناني والمادة ٨٠٩ من القانون المدنى المصرى هذه الصورة • فقد نصت الاولى على أنه « يمكن لكل صاحب عقار يريد أن يستعمل لرى ارضه المياه الطبيعية أو الاصطناعية التى يكون له حق التصرف بها ، أن يحصل على مرور هذه المياه فى الاراضى المتوسطة بينها وبين أرضه ، بشرط أن يدفع عن ذلك تعويضا » ، ونصت الثانية على أنه : « يجب على مالك الارض أن يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لرى الاراضى البعيدة عن مورد المياه •• بشرط أن يعوض عن ذلك تعويضا عادلا » •

يقصد بحق المجرى اذن مرور المياه لرى أرض بعيدة عن موردها عبر أرض مملوكة لشخص آخر • فيشترط لثبوت هذا الحق أن تكون الارض بعيدة عن مورد المياه ، سواء أكان هذا المورد نهرا أم ترعة عامة أم مسقاة خاصة موجودة فى أرض الغير أو فى أرض نفس المالك • وهذا الشرط صريح فى النص المصرى ولكنه يقوم كذلك فى القانون اللبنانى رغم ما قد يوحي به

(١) انظر فى هذا الصدد : السنهورى بند ٤٤٨ و هـ ١ ص ٧٢٣ وما بعدها

عموم النص ، اذ أن بعد الارض عن مورد المياه هو العلة التي من أجلها يخرج المشرع على الاصل العام في استئثار المالك بملكه وحقه في منع الغير من استعماله . فاذا كان المورد هو نهر أو ترعة عامة ، فيجب على مالك الارض التي يراد امرار المياه اليها أن يحصل على الترخيص اللازم لاخذ المياه من النهر أو من الترعة العامة ، سواء في القانون اللبناني أو في القانون المصري ، اذ لا معنى لثبوت حق المجري طالما لم يكن للمطالب به حق أخذ المياه ذاتها . واذا كان مورد المياه موردا خاصا كينبوع أو مسقاة خاصة موجودة في ملك الغير ، فيجب أيضا أن يكون لمالك الارض المراد ربيها حق أخذ المياه من المسقاة الخاصة ، اما بمقتضى حق الشرب المنصوص عليه في المجلة بالنسبة للبنان أو في المادة ٨٠٨ من القانون المدني المصري بالنسبة لمصر ، واما بمقتضى اتفاق بينه وبين المالك . أما اذا كان مورد المياه موردا خاصا موجودا في أرض أخرى مملوكة لنفس مالك الارض التي يراد امرار المياه اليها فلا صعوبة في الامر .

ويشترط للحصول على الحق في اجراء المياه أن يكون القصد من ذلك رى الارض اذ لا يفرض المشرع اللبناني أو المصري هذا القيد الا لصالح الارض الزراعية المحتاجة الى الرى . ولذلك لا يقوم هذا الحق اذا كان يراد امرار المياه لغرض آخر غير الرى ، ويكون لصاحب الارض المتوسطة التي يراد امرار المياه خلالها رفض هذا الامرار ولو مقابل تعويض .

ولا يشترط لثبوت حق المجري أن تكون المياه المراد تمريرها منها ضرورية لرى أرضه ، بل يكفي أن تكون مطلوبة لريها ريا كافيا على حد تعبير المشرع المصري . فيثبت حق المجري ولو كان هناك سبيل آخر لرى الارض ، لكن هذا السبيل غير كاف ، كبئر مثلا . وقد جاء النص اللبناني مطلقا في هذا الشأن بحيث قد يفهم منه ان حق المجري لا يشترط لثبوته أن تكون المياه المراد امرارها اليه مطلوبة لديها ، ولكننا سبق أن رأينا أن العلة في ثبوت هذا الحق هي بعد الارض عن مورد المياه مما يقتضى حرمان هذه الارض منه اذا كان لها مورد يكفي لريها .

وقد نص المشرع اللبناني في المادة ٧٧ من القانون المذكور على حق مالك

الأرض التي تمر فيها المياه في التعويض مقابل الضرر الذي يصيب أرضه من اجراء امرار المياه خلالها واستلزم تعجيل هذا التعويض . كذلك نصت المادة ٨٠٩ من القانون المدني المصري على أنه يكون لمالك الأرض المقام عليها المجرى الحق في تعويض عادل مقابل تعطيل الأرض المقام عليها المجرى . ويلاحظ أن اجراءات الحصول على هذا الحق وتقدير التعويض في القانون المصري تخضع لنفس القواعد التي نص عليها قانون الري والصرف بصدد حق الشرب ^(١) . ووفقا للمادة ١٨ من قانون الري والصرف لا يباشر صاحب حق المجرى حقه في امرار المياه الا بعد أداء التعويض .

حق اسناد الانشاءات (في لبنان) :

٨٣ — عرض المشرع اللبناني لحق آخر من حقوق الري بقصد تيسير ري الاراضى المحتاجة اليه . ويواجه هذا الحق حالة الأرض التي تكون ملاصقة لأحد مجارى المياه التي يمكن أخذ المياه اللازمة لريها منها والتي تكون ضفتها الاخرى مملوكة لمالك آخر ، ولكن سطح هذه الأرض يكون مرتفعا عن منسوب المياه في هذا المجرى ، بحيث يستلزم الامر لامكان ريها اقامة سد أو منشآت فنية تسند الى الضفتين معا . والاصل في هذا الشأن أنه لا يجوز اسناد هذا السد أو المنشآت الفنية الى الضفة الاخرى المملوكة لمالك آخر بغير رضاه . ولكن المشرع اللبناني قد خرج على مقتضى هذا الاصل ضمانا للمصلحة العامة فأجاز مثل هذا الاسناد رغم ما قد يكون هناك من معارضة من هذا المالك ، ولكن نظير تعويض عادل .

وقد نصت المادة ٧٩ من قانون الملكية العقارية على هذا القيد بقولها « مع الاحتفاظ بالاحكام النظامية المتعلقة بـأخذ المياه ، يمكن لكل صاحب

(١) قضت محكمة النقض بأن حق المجرى لا يتقرر لمجرد ما أوجبه القانون على مالك الأرض من السماح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لري الأرض البعيدة عن مورد المياه ، وإنما يجب لذلك أن يتقدم صاحب هذه الأرض — اذا تعذر عليه الاتفاق مع المالك — بطلب الى المحكمة أو جهة الادارة المختصة لتقرير هذا الحق وبيان كيفية ممارسته وتحديد المقابل الذي يدفع عنه (نقض مدنى ١١/١١/١٩٦٥ ، مجموعة أحكام النقض ، رقم ١٦٢ ، ص ١٠٤٣) .

عقار مجاور لمجرى ماء ، اذا أراد استعمال المياه لرى أرضه أن يحصل لقاء تعويض معجل على اجازة اسناد الانشاءات الفنية اللازمة لاقامة مأخذ الماء الى الارض الواقعة تجاه أرض على ضفة المجرى » .

ويلاحظ بشأن هذا الحق أنه قاصر على الارض الزراعية بقصد تيسير حصولها على المياه اللازمة لريها ، فلا ينصرف الى الحالات التي يراد فيها الحصول على المياه لغرض آخر ، كما يلاحظ أن هذا الحق مقرر لقاء تعويض معجل .

كذلك يلاحظ أن الجار المالك اذا كان يجبر على تقبل اسناد السدود والمنشآت الفنية الى أرضه مقابل تعويض معجل على النحو السابق ، فقد تكون له مصلحة في اقامتها والانتفاع بها مثله مثل المالك الاخر الذي يريد اقامتها . لذلك فقد حرص المشرع اللبناني على تخويله حق الانتفاع بها ولكنه عني في هذه الحالة بالتنبيه الى وجوب تحمله بنصف نفقات الانشاء والصيانة مقابل حقه في هذا الانتفاع ، بالإضافة الى اسقاط حقه في التعويض ، اذ تكون هذه السدود والانشاءات في هذه الحالة مخصصة للانتفاع المشترك لكلا المالكين ومسندة الى أرض كل منهما على السواء . وقد نصت على ذلك المادة ٨٠ من قانون الملكية العقارية بقولها « اذا طلب صاحب العقار المراد اسناد الانشاءات الفنية الى أرضه الاشتراك في استعمال السد فعليه أن يتحمل نصف مصاريف الانشاءات والصيانة . وفضلا عن ذلك لا يحق له ، في هذه الحال ، أقل تعويض مقابل اسناد السد الى أرضه ، واذا كان قد قبض تعويضا فعليه أن يرده » .

ويراعى أنه اذا طلب هذا المالك الانتفاع بالسد مؤخرا بعد اقامته بالفعل، واقتضى هذا الانتفاع التعديل فيه ، فيجب عليه وحده تحمل نفقات مثل هذا التعديل ، فضلا عن مشاركته بالنصف في تحمل نفقات الانشاء الاصلى والصيانة . فهذا الحكم تمليه القواعد العامة ، وقد نص عليه صراحة القانون الفرنسي الذي أخذ عنه حكم التشريع اللبناني (١) .

(١) حسن كيرة ، دروس في الحقوق العينية الاصلية ، ص ١٣٠ .

(٢) حقوق الصرف :

٨٤ - يقصد بحقوق الصرف بصفة عامة تلك الحقوق التي تخول لأصحابها تصريف المياه الموجودة في أراضيهم في أراضى الجيران أو أمرارها خلالها لتصل الى المجرى المعد لتلقى هذه المياه • وقد عنى كل من المشرع اللبناني والمشرع المصرى بتنظيم هذه الحقوق • وقد جاء هذا التنظيم في كل من البلدين - لبنان ومصر - انعكاسا لطبيعة الارض في كل منها • ذلك أن أرض لبنان بطبيعتها أرض جبلية مما جعل المشرع اللبناني يعنى بتنظيم المسيل الطبيعى للمياه من الاراضى العالية على الاراضى الواطئة بجانب تنظيمه لتصريف المياه الفائضة عن الارض الزراعية أو التي في دور الاصلاح ، بينما أرض مصر في مجموعها منبسطة مما جعل المشرع المصرى يقتصر على تنظيم تصريف المياه الزائدة عن حاجة الري • وحتى في هذا المجال - مجال صرف المياه الزائدة عن حاجة الارض الزراعية أو المستصلحة - نجد بعض الاختلاف في الاحكام التفصيلية نتيجة هذا الاختلاف في طبيعة الارض •

وسوف نعرض أولا لحق المسيل الطبيعى للمياه من الاراضى العالية على الاراضى الواطئة قبل أن نعرض لحقوق الصرف الزراعى •

المسيل الطبيعى للمياه من الاراضى العالية الى الاراضى الواطئة :

٨٥ - تنص المادة ١/٥٩ من قانون الملكية العقارية اللبناني على أن « •• الاراضى الوطنية مسخرة تجاه الاراضى التى تعلوها لتلقى المياه السائلة طبيعيا من الاراضى العالية ، بدون أن يكون ليد الانسان دخل في اسالتها » •

فالقانون اللبناني على هذا النحو - مثله في ذلك مثل القانون الفرنسى (م ٦٤٠) - يقرر تحميل الاراضى الوطنية بتلقى المياه السائلة سيلا طبيعيا من الارض العالية • والمقصود بذلك المياه الطبيعية كمياه الامطار أو المياه الناتجة عن ذوبان الثلوج أو عن الينابيع المتفجرة من باطن الارض من تلقاء نفسها دون تدخل من الانسان لتفجيرها عن طريق الحفر •

وقد رأى المشرع في تقرير هذا الحق مجارة حكم الطبيعة الذي يجعل الأرض الوطنية مستقرا محتوما لما يسيل من المياه من الأرض العالية . وهذا الحق يختلف عن حقوق الارتفاق القانونية الأخرى في أنه يتقرر دون مقابل أو تعويض يحصل عليه صاحب الأرض الوطنية، وإن كان يتفق معها في خصائصها الأخرى وخاصة فيما يتعلق بعدم لزوم تسجيله كما هو الأمر بالنسبة لحقوق الارتفاق الاتفاقية . وقد نصت المادة ٥٨ من قانون الملكية العقارية اللبناني على ذلك صراحة بقولها « شذوذا عن المبدأ المقرر بالمادة ١٠ من القرار المختص بالسجل العقاري ، تعفى من النشر والاعلان حقوق الارتفاق الناتجة عن الوضعية الطبيعية للأماكن » .

وما دامت هذه طبيعة حق المسيل الطبيعي للمياه من الأراضي العالية على الأراضي الوطنية وتلك هي خصائصه فيجب القول بأنه « لا يجوز لصاحب الأرض الوطنية أن يقيم سدا ليمنع هذا المسيل » (م ٢/٥٩) ، أو حتى للإبطاء به بما يخلف الرمال والحصى التى تحملها المياه فى الأرض العالية . لذلك فإذا أراد مالك الأرض الوطنية إحاطة أرضه بحائط ، فيجب عليه أن يترك فى هذا الحائط فتحات كافية تسمح بمسيل المياه ، وإن كان يجوز له بالطبع أن يتخذ ما يلزم من الاحتياطات لمنع الضرر الناجم عن سيل المياه فى أرضه ، كأن يحفر لها مجرى يحصرها ويمنع انتشارها (١) ،

وبالمثل « لا يجوز لصاحب الأرض العالية أن يحتال ليزيد عبء الارتفاق على الأرض الوطنية » (م ٣/٥٩) . فهذا الحق مقرر خضوعا لحكم الطبيعة فيجب أن يبقى فى الحدود التى رسمتها هذه الطبيعة (٢) . لذلك ليس من حق صاحب الأرض العالية تغيير المجرى الطبيعى لمسيل المياه، أو زيادة كميتها أو مدة اندفاعها أو تفجير المياه تفجيرا صناعيا عن طريق

(١) فى هذا المعنى : حسن كيرة ، دروس فى الحقوق العينية الأصلية ،

ص ١٢٦ ،

Planiol et Ripert, op. cit., No. 504.

(٢) حسن كيرة ، المرجع السابق فى الموضع السابق .

الحفر في أرضه ^(١) ، والا خرجنا عن نطاق الارتفاق الطبيعي الى نطاق ارتفاق قانوني آخر له أحكامه المختلفة التي واجهها المشرع اللبناني في نص مستقل .

على هذا النحو نص المشرع اللبناني في المادة ٦٠ من القانون المذكور في فقرتيها الاولى والثانية على أنه في حالة زيادة العبء الذي تتحمله الأرض الواطئة نتيجة الاستعمال الذي يمارسه صاحب الأرض العالية لمياه الأمطار الساقطة في أرضه أو مياه العيون الطبيعية النابعة فيها ، أو نتيجة الاتجاه الذي يوجه اليه هذه المياه ، يجب على صاحب الأرض العالية دفع تعويض لصاحب الأرض الواطئة مقابل زيادة هذا العبء . كذلك نصت المادة ذاتها في فقرتها الثالثة على التزام صاحب الأرض العالية بالتعويض قبل صاحب الأرض الواطئة في حالة قيام الاول بتفجير المياه في أرضه تفجيرا صناعيا عن طريق السبر أو الحفر .

وإذا كان المشرع في الحالات السابقة التي يتدخل فيها صاحب الأرض العالية في أحداث المياه أو تغيير قوتها واتجاهها يحمل الأرض الواطئة بنتيجة هذا التدخل نظير التعويض ، فقد حرص على مراعاة جانب بعض العقارات الواطئة التي قد يضر بها مثل هذا التدخل ضررا بليغا . لذلك فقد نصت المادة ٦٠/٤ من القانون على أن « . البيوت والباحات والجنابين

(١) تطبيقا لذلك نص المشرع اللبناني في المادة ٦٤ من قانون الملكية العقارية اللبناني على أنه « على كل صاحب عقار أن يبنى سطوحه بحيث تسيل مياه الأمطار في أرضه أو في الطريق العمومية الا في حالة تطبيق الانظمة الخاصة المتعلقة بالطرقات ، ولا يجوز له إحالة هذه المياه في الأرض المجاورة » . وهذا الحكم بالطبع لا يمنع المالك من بناء سطوحه بحيث تسيل المياه كما لا يمنع من اكتساب ارتفاق اتفاقي لسيل هذه المياه رأسا على ملك الجار في أرضه ولو سالت بعد ذلك سيلا طبيعيا على الأرض الواطئة المجاورة ، مع مراعاة أحكام التسجيل ، أو اكتساب مثل هذا الارتفاق بالتقادم في الحدود التي يجوز فيها أعمال التقادم المكسب في القانون اللبناني (حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص ١٢٦ ، ميشال الخوري وشاهين حاتم ، المرجع السابق ، بند ١٠٣ ، ١٠٤) .

والعرصات المسورة الملاصقة للمساكن ، لا تخضع في الاحوال المنصوص عليها في الفقرات السابقة ، لادنى زيادة في ارتفاع مسيل الماء » .

٨٦ - وقد كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى يخصص نص المادة ١١٧٧ منه لحق المسيل الطبيعى للمياه من الاراضى العالية على الاراضى الواطئة التى كانت تقضى بأنه « على مالك الارض المنخفضة أن يسمح بأن تنزل فى أرضه المياه التى تتحدر بفعل الطبيعة من الاراضى المرتفعة عنها كمياه الامطار » . وليس لمالك الارض المنخفضة أن يقيم جسرا يسد الماء . كما أنه ليس لمالك الارض المرتفعة أن يأتى ما من شأنه الزيادة فيما يجب أن تتحمله الارض المنخفضة من ذلك » ، ولكن لجنة المراجعة قررت حذف هذا النص لعدم الحاجة اليه فى مصر وظهر التقنين خالياً منه . لذلك يذهب بعض الفقه المصرى الى أنه لا يتأتى الحصول على حق بمثل هذا المسيل على ملك الجار الا عن طريق اكتساب ارتفاق بالاتفاق أو التقادم أو تخصيص المالك الاصلى (١) .

المسيل أو الصرف الزراعى :

٨٧ - يقصد بهذا الحق حق صرف المياه الزائدة عن حاجة الارض الزراعية أو المستصلحة فى ملك الجار أو عبر هذا الملك الى المجرى المعد لها . ويؤخذ من نصوص التشريعين اللبنانى والمصرى فى هذا الشأن أن لهذا الحق صورتان تقابلان حق الشرب وحق المجرى بالنسبة للرى وهما حق الصرف فى ملك الجار مباشرة وحق الصرف عبر ملك الجار فى المجرى المعد لذلك .

٨٨ - (١) ففيما يتعلق بحق الصرف فى ملك الجار مباشرة تنص المادة ٧٨ من قانون الملكية العقارية اللبنانى على أنه « .. يمكن لصاحب العقار .. أن يحرز اجازة ، لقاء تعويض معجل فى أن تمر المياه التى تسيل من أرضه

(١) حسن كيرة ، الحقوق العينية الاصلية ، هامش ١ ص ٢١٣ ، دروس فى الحقوق العينية الاصلية ، ص ١٢٧ .

بعد ربيها ... في الاراضى التى تكون تحتها » ، ونصت المادة ٨٠٨/٢ من التقنين المدنى المصرى على أنه « يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المصرف (الخاص) فيما تحتاجه أراضيه من ... صرف ، بعد أن يكون مالك المصرف قد استوفى حاجته ... وعلى الملاك المجاورين فى هذه الحالة أن يشتركوا فى نفقات انشاء ... المصرف ، و ... (صيانتها) بنسبة مساحة أراضيه التى تنتفع ... به » .

ويلاحظ أن النص اللبنانى يواجه حالة صرف المياه الزائدة عن حاجة الارض الزراعية العالية فى الارض الواطئة المجاورة لها ، مثله فى ذلك مثل النص الخاص بالمسيل الطبيعى للمياه السابق الاشارة اليه ، مما يتفق مع طبيعة الاراضى الجبلية فى لبنان . غير أن الحق الذى يقرره هذا النص يختلف عن الحق الذى يقرره النص الخاص بالمسيل الطبيعى من حيث أن المياه المراد صرفها فيه هى المياه المتبقية فى الارض بعد ربيها دون نظر الى مصدرها سواء كان طبيعيا أو صناعيا بعكس الآخر الذى يخص المياه الطبيعية وحدها ، ومن حيث أن المياه المنصرفة لا يشترط أن يتخذ صرفها مجرى طبيعيا فى الارض الواطئة كما هو الحال فى المسيل الطبيعى ، وأخيرا من حيث أن المشرع يقرره مقابل تعويض معجل يراعى فيه قدر الضرر اللاحق بالارض الواطئة التى تسيل اليها المياه المنصرفة بعكس الآخر الذى يتقرر دون تعويض .

أما النص المصرى فلا يواجه حالة صرف المياه الزائدة عن حاجة الارض العالية فى الارض الواطئة المجاورة ، وإنما يواجه حالة وجود مصرف خاص مجاور للارض التى يراد صرف المياه الزائدة عنها ، مما يناسب طبيعة الاراضى المنبسطة التى تتكون منها الرقعة الزراعية فى مصر .

ويلاحظ أن المقصود بالجوار فى النص المصرى هو جوار المصرف ذاته لا مجرد جوار الارض الموجود بها . وهذا واضح لدى من يشترطون جوار السقاة لثبوت حق الشرب ، أما من يثبتون حق الشرب فى حالة جوار الارض المراد ربيها للارض الموجودة بها المسقاة فيعللون اشتراط جوار الارض المراد صرف المياه الزائدة عنها للمصرف الخاص المراد الصرف فيه ،

بأن المشرع لم يقرر حق اسالة المياه بالاراضى المجاورة (الصورة الثانية)
الا لى تصب فى اقرب مصرف عمومى بحيث لا يجوز اسالتها لى تصب فى
مصرف خاص يملكه الجار فى أرضه اذا كان هذا المصرف غير ملاصق للارض
التي يراد اسالة المياه فيها •

٨٩ - (٢) وفيما يتعلق بحق الصرف عبر ملك الجار فى مجرى معد
لذلك تنص المادة ٨١ من قانون الملكية العقارية اللبناى على أنه «لكل صاحب
عقار يريد اصلاح أرضه باسالة مياهها أو بأية طريقة كانت للتجفيف أن
يجر هذه المياه مقابل تعويض عادل معجل الدفع ، تحت الارض أو فوقها
عبر الاراضى الفاصلة بين أرضه وبين مجرى ماء أو أى خندق آخر لمسيل
المياه ، ويستثنى من هذا الارتفاق البيوت والباحت والحدائق والجنائن
والعرصات المسورة المجاورة للمساكن » • كذلك نصت المادة ٨٠٩ من التقنين
المدنى المصرى على أنه « يجب على مالك الارض أن يسمح بأن تمر بأرضه
مياه الصرف الاتية من الاراضى المجاورة لتصب فى اقرب مصرف عمومى
بشرط أن يعوض عن ذلك تعويضا عادلا » •

ويلاحظ أن النص اللبناى يثبت لصاحب الارض المغمورة بالمياه الذى
يريد صرف المياه الموجودة بها الحق فى امرار هذه المياه الى مكان يكون له
الصرف فيه ، كمجرى ماء أو خندق ، عبر أرض الجار التى تتوسط بين
أرضه وبين هذا المكان • أما النص المصرى فلا يثبت مثل هذا الحق لصاحب
الارض الذى يريد تصريف مياه أرضه عبر أرض الجار الا اذا كان المقصود
اسالة هذه المياه الى اقرب مصرف عمومى دون أى مكان أو مصرف خاص
يكون له حق الصرف فيه • وبذلك لا يتأتى مثل هذا الصرف الا بالحصول
على ارتفاق اتفاقى أو اكتساب ارتفاق بالتقادم أو بتخصيص المالك
الاصلى • وفى هذا يختلف حق الصرف عبر أرض الجار فى القانون المصرى
عن حق المجرى الذى يثبت فيه أيا كان مورد المياه مسقاة خاصة أو ترعة
عامة •

ويلاحظ أنه لا اعتبار لمصدر المياه طبيعيا كان أو صناعيا سواء فى النص
اللبناى أو النص المصرى • ولكن النص اللبناى يواجه الحالة التى يراد

ففيها تجفيف الارض بقصد استصلاحها بينما يواجه النص المصرى مياه الصرف الاتية من الاراضى المجاورة بصفة عامة . ومع ذلك فيبدو لنا أن لا فارق بين النصين من هذه الناحية اذ المقصود على أية حال المياه التى يراد صرفها من الاراضى التى فى سبيل الاستصلاح أو المياه الزائدة عن حاجة الارض الزراعية المستصلحة بالفعل . كذلك يلاحظ أنه لا اعتبار لموقع الارض المتوسطة فى كلا النصين ، فيستوى أن تكون هذه الارض منخفضة عن الارض التى يراد صرف المياه منها أو فى مستواها . غير أن المشرع اللبنانى — خلافا للمشرع المصرى — لا يخضع كل الاراضى المتوسطة لقيد الصرف ، وانما يستثنى منها — كما استثنى فى شأن حق المسيل الطبيعى — « البيوت والباحات والحدائق والجنان والعرضات المسورة المجاورة للمساكن » .

وهذا الحق يثبت — سواء فى القانون اللبنانى أو فى القانون المصرى — فى مقابل تعويض عن تعطيل الارض التى يقام عليها ممر مياه الصرف وما يترتب عليه من اضرار دائمة أو وقتية . وقد نصت المادة ٨١ من القانون اللبنانى على وجوب دفع هذا التعويض مقدما ، كما نص قانون الرى والصرف فى مصر على مثل هذا الحكم .

ومن الطبيعى أن يتحمل صاحب حق الصرف بكل تكاليف المنشآت اللازمة لتمرير هذه المياه عبر أرض الجار . ويلاحظ فى هذا الشأن أن النص اللبنانى لا يحتم أن يكون صرف المياه فى مجرى ظاهر فوق سطح أرض الجار ، وانما يجيز أن يكون فى مجرى مستتر تحتها بواسطة أنابيب مثلا . ويعطى القضاء الفرنسى ، فى تفسيره للنص الفرنسى المقابل للنص اللبنانى ، لنفسه سلطة تقديرية فى شأن تحديد طريقة الصرف وتعيين الممر الذى يجب أن تتخذه مياهه ^(١) . وهذا القضاء يمكن الاسترشاد به فى تفسير النص اللبنانى للحد من الاضرار التى تلحق بالارض التى تمر بها مياه الصرف ^(٢) .

Planiol et Ripert, op. cit., No. 504.

(١) انظر :

(٢) فى هذا المعنى : حسن كيرة ، دروس فى الحقوق العينية الاصلية ،

ص ١٣١ .

وقد راعى المشرع اللبناني أن إقامة منشآت للصرف عبر أرض أجار على النحو المتقدم يمكن أن يفيد مالك هذه الأرض أو الملاك المجاورين بصفة عامة ، لذلك فقد خولهم حق الانتفاع بها مقابل اشتراكهم في نفقات الانشاء والصيانة ، وتحمل كل منهم بما يتطلبه انتفاعه من تعديل في المنشآت المقامة . وقد نصت على ذلك المادة ٨٢ من قانون الملكية العقارية بقولها « يحق لأصحاب العقارات المجاورة أو التي تجتازها المياه أن يستعملوا المنشآت المحدثه بمال المادة السابقة لاسالة مياه أراضيهم ، وفي هذه الحال يلزمهم : ١ - قسم من أكلاف المنشآت بنسبة استفادتهم منها ٢ - النفقات الناجمة عن التحويلات التي قد يترتب احداثها لاستعمال هذا الحق - ٣ - الحصة التي تصيبهم ، فيما بعد ، من اكلاف صيانة هذه المنشآت التي تصبح مشتركة .

احكام عامة في التزامات المنتفعين بحقوق الري والصرف الزراعى :

٩٠ - وضع القانون المصرى على عاتق المنتفعين بهذه الحقوق عدة التزامات تكفل عدم الاضرار بالارض المحملة بها ، وتضمن تحقيق الغرض من تقريرها وهو رعاية الاستثمار الزراعى . فقد نصت المادة ٨١٠ من التقنين المدنى المصرى « على أنه اذا أصاب الارض ضرر من مسقاة أو مصرف يمر بها ، سواء أكان ذلك ناشئاً عن عدم التطهير أو عن سوء حالة الجسور فان لمالك الارض أن يطلب تعويضا كافيا عما أصابه من ضرر» . فهذه المادة تقرر التزام المنتفعين بالتعويض عما يترتب على عدم تطهير المسقاة أو المصرف أو عن سوء حالة جسورها من ضرر . ومثل هذا الحكم يمكن الاخذ به في لبنان باعتباره مجرد تطبيق للقواعد العامة .

كذلك نصت المادة ٨١١ من التقنين المدنى المصرى على أنه « اذا لم يتفق المنتفعون بمسقاة أو مصرف على القيام بالاصلاحات الدورية ، جاز الزامهم بالاشتراك فيها بناء على طلب أى واحد منهم » . فهذه المادة تقرر التزام المنتفعين بالاشتراك فيما تحتاجه المسقاة أو المصرف من اصلاحات ضرورية . وقد نصت المادة ٨٣ من قانون الملكية العقارية في

لبنان على مثل هذا الحكم بالنسبة لمنشآت الصرف على النحو الذى سبق أن رأيناه • وقد أجازت المادة ١٢ من قانون الري والصرف المصرى لتفتيش الري اجراء الاصلاحات اللازمة وتحصيل نفقاتها بالطرق الادارية ، بعد تكليف ذوى الشأن بالقيام بها فى موعد معين وتأخرهم عن ذلك •

٢ — الارتفاق القانونية السلبية

٩١ — الاصل أن للمالك أن يبنى على أرضه حتى حدود ملكه • غير أن مصلحة الملاك المتجاورين أنفسهم تقتضى فرض قيود متبادلة على كل منهم اذا ما أراد عمل فتحات فى بنائه ، توفيراً لحرية الآخرين فى التمتع بملكهم • هذه القيود تختلف باختلاف ما اذا كان المقصود بالفتحات مجرد التهوية والاضاءة دون النظر ، وتسمى المناور ، وما اذا كان مقصودا بها النظر ، وتسمى المجلات •

المناور :

٩٢ — فالمناور يقصد بها الفتحات التى تسمح بمرور الهواء والضوء دون النظر من خلالها الى عقار الجار ، لارتفاعها عن قمة الانسان العادية • مثل هذه الفتحات لا ترتب اذى للجار ، ومن ثم يجوز فتحها فى بناء مبنى على حافة ملك صاحبه دون التقيد بمسافة معينة •

وقد حدد المشرع اللبنانى الارتفاع الذى يجب أن تكون الفتحة عليه لى تعتبر منورا لا يشترط لفتحها ترك مسافة معينة بين الحائط الكائنة فيه وبين ملك الجار ، تحديدا حسابيا جامدا بمترين ونصف من أرض الغرفة اذا كان الطابق أرضيا ، وبمتر وتسعين سنتيمترا من أرض الغرفة اذا كان الطابق علويا (م ٦٦) • أما المشرع المصرى فقد اتخذ معيارا عاما غير محدد تحديدا دقيقا ، هو ما نصت عليه المادة ٨٢١ من القانون المدنى بقولها « لا يشترط أية مسافة لفتح المناور ، وهى التى تعلو قاعدتها عن قمة الانسان المعتادة ، ولا يقصد بها الا مرور الهواء ونفاذ النور ،

دون أن يستطيع الاطلاع منها على العقار المجاور » • وقد رأى المشروع الجديد للتقنين المدني اتباع مسلك القانون اللبناني وتحديد ارتفاع قاعدة المناور بمترين ، لأن هذا التحديد أكثر انضباطا من معيار قامة الانسان المعتادة الذي تتخذه المادة ٨٢١ من التقنين الحالي •

ولما كانت المناور على هذا النحو لا تتضمن تعديا على ملك الجار ، وانما تعتبر رخصة من الرخص التي تخولها للمالك ملكيته ، فان مالك البناء لا يكتسب حق ارتفاع بها عن طريق الحيازة مهما طالّت مدة فتحها ، اذ الحيازة تفترض التعدي على ملك الجار ولا تقوم على عمل ياتيه شخص على أنه رخصة من المباحات ، ومن ثم يكون دائما للجار أن يبنى هو الآخر على حدود ملكه فيسد هذه المناور ^(١) •

ومن المفهوم أن فتح المناور يخضع للقيّد العام على الحقوق كافة من عدم التعسف في استعمالها • فاذا تعسف صاحب البناء الموجود فيه المنور في استعماله لهذا المنور ، بأن اعتاد اعتلاء ما يمكنه من الاطلاع منه أو القاء مخلفاته منه لتسقط في ملك الجار ، جاز للجار المطالبة بسده رغم توافر الارتفاع القانوني فيه •

المطلات :

٩٣ — والمطلات يقصد بها الفتحات التي تسمح بالنظر من خلالها الى الخارج ، كالنوافذ والشرفات ، لكونها تحت مستوى قامة الانسان العادية • مثل هذه الفتحات تسبب مضايقات للجار ، ومن ثم اشترط القانون لفتحها أن يكون البناء المراد فتحها فيه يبتعد عن ملك الجار مسافة معينة • هذه المسافة تختلف بالطبع باختلاف ما تسمح به من نظر

(١) محمد كامل مرسى ، بند ٣٨٦ ، شفيق شحاته ، بند ١١٩ ، محمد علي عرفه ، بند ٢٥٦ والاحكام المشار اليها ص ٢٣٢ هـ ٢ ، عبد المنعم البدر اوى بند ٩٩ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ٩٦ ، حسن كيرة الحقوق العينية الاصلية ، بند ٨٦ ، السنهورى ، بند ٤٨١ ،

Aubry et Rau, T. 2, No. 196; Marty et Raynaud, No. 281.

على ملك الجار • فإذا كان المظل مواجها لملك الجار بحيث يسمح بنظر مباشر اليه ، اشترط لفتحها أن تكون على بعد مسافة مترين كاملين من ملك الجار في القانون اللبناني ومتر واحد في القانون المصري • وإذا كان المظل منحرفا عن ملك الجار ، بحيث يستلزم الالتفات أو الانحناء للنظر اليه ، اشترط أن يكون على بعد مسافة نصف متر من ملك الجار في كل من القانونين •

وقد نصت المادة ٦٦ من قانون الملكية العقارية اللبناني على المظل المواجه بقولها « لا يجوز لصاحب عقار أن يكون له مظل مستقيم أو نوافذ أو شرفات أو سوى ذلك من النتوءات على أرض مسورة للمالك المجاور ما لم يكن بين الحائط الذي يحدث فيه هذا المظل أو هذه الشرفات وبين تلك الأرض مسافة مترين » ، ونصت عليه المادة ٨١٩ من القانون المدني المصري بقولها « لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مظل مواجها على مسافة تقل عن متر ، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي فيه المظل ، أو من حافة الشرفة أو الواجهة » •

أما المظل المنحرف فقد نصت عليه المادة ٦٧ من القانون اللبناني المذكور بقولها « لا يجوز لصاحب عقار أن يكون له مظل جانبي أو منحرف على أرض مسورة أو غير مسورة للمالك المجاور ، ما لم يكن بين الحائط المحدث فيه المظل وبين الأرض المذكورة مسافة نصف متر » ، ونصت عليه المادة ٨٢٠ من التقنين المدني المصري بقولها : « لا يجوز أن يكون للجار على جاره مظل منحرف على مسافة تقل عن خمسين سنتيمترا من حرف المظل ... » •

وتحسب المسافة في الحالتين ابتداء من ظهر الحائط المفتوح فيه المظل ، أو من حافة الشرفة أو الخارجة ، الى الحد الفاصل لملك الجار (م ٦٨ لبناني / م ٨١٩ مصري)

ويستوى في شأن قيام هذه القيود أن يكون ملك الجار بناء أو أرضاً زراعية ، كما أنه لا عبرة باتساع المطل أو بنوع البناء الذي يفتح فيه ، حتى لو كان مجرد سور يحيط الملك (١) .

وفتح المالك مطالع مع مراعاة المسافة القانونية لا يحتاج الى القيد في السجل العقاري ولا يمنع الجار من البناء على حدود ملكه طالما لم يقيم بفتح مطل في بنائه على الملك الآخر دون أن يستطيع المالك الاول الادعاء باكتساب ارتفاع بالمطل على ملك الجار بالتقادم ، لان فتح المطل مع مراعاة المسافة القانونية يعتبر رخصة قانونية لا تصلح مبدأ لحيازة تؤدي الى اكتساب ارتفاع بالتقادم (٢) .

ومن البديهي أنه يجوز فتح المطلات دون مراعاة التقيد بالمسافات القانونية اذا كانت مفتوحة على الطريق العام ، حتى ولو كان المطل منحرفاً بحيث يطل في نفس الوقت على ملك الجار . فالطريق العام مخصص للمنفعة العامة بما يمكن الكافة من الاطلاع عليه . وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٦٨ من القانون اللبناني بقولها « لا يسرى المنع الوارد في المادتين ٦٦ و ٦٧ أعلاه على الاسطح وعلى النوافذ المفتوحة على

(١) في هذا المعنى حسن كيرة ، الحقوق العينية الاصلية ، بند ٧٦ ، دروس في الحقوق العينية الاصلية ، ص ١٢٠ بند ٧٦ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ٩٤ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٣٧ .

وفي رأي آخر لا محل للتقيد بالمسافة القانونية اذا كان ملك الجار محوطاً بسور أصم لا يمنع النظر الى ملك الجار ، حتى اذا ما هدم السور أمكن للجار المطالبة بسد المطل . أنظر في هذا الرأي : اسماعيل غانم ، بند ٤٦ ، محمد علي عرفة ، بند ٢٥٦ ، شفيق شحاته ، بند ٢٣٨٣ ، السنهوري ، بند ٤٧٧ . وأنظر في نقد هذا الرأي : منصور مصطفى منصور هـ ١ ص ٩٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأن تحريم البناء على اقل من المسافة القانونية لا ينظر فيه الى كون البناء على اقل من المسافة القانونية يحدث ضرراً بالفعل أو لا يحدث ذلك (نقض مدني ١٥/١/١٩٤٨ ، مجموعة عمر ، ٥ ، رقم ٢٥٨ ص ٥٢١) .

(٢) في هذا المعنى ، نقض ١٨/٣/١٩٣٧ ، مجموعة عمر ، ٥ ، رقم ٤٤ ، ص ١٣١ .

الطرق العامة ، كما نصت عليه المادة ٨٢٠ مصرى الخاصة بالمطل المنحرف بقولها « ولكن يرتفع هذا الحظر اذا كان المطل المنحرف على العقار المجاور هو فى الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام » •

فاذا فتح المطل دون مراعاة للمسافة القانونية كان للجار أن يطلب سده (١) • ولكن يجوز للقاضى فى هذه الحالة أن يكتفى بتحويله الى منور بسد الجزء الاسفل منه ، بحيث تصبح قاعدته أعلى من الارتفاع الذى يحدده المشرع اللبنانى أو أعلى من قامة الانسان فى القانون المصرى اذ المناور ، كما سبق القول ، لا يشترط فى فتحها التقيد بمسافة معينة •

على أنه يراعى أنه اذا فتح المطل دون تقيد بالمسافة القانونية واستمر هذا الوضع مدة التقادم المكتسب ، اكتسب المالك بذلك حق ارتفاع بالمطل على ملك الجار فى القانون المصرى على الاطلاق وفى القانون اللبنانى فى الحدود التى يعمل فيها التقادم (٢) • ويترتب على ذلك أنه لا يمكن سد المطل، ويتحتم على الجار أن يراعى المسافة القانونية عند البناء فى ملكه أو فتح مطلات فيه ، وذلك بأن يترك بينه وبين ظهر الحائط الموجود فيه المطل المكتسب بالتقادم مسافة مترين فى القانون اللبنانى ومتر فى القانون

(١) نقض ١٥/١/١٩٤٨ ، مجموعة عمر ١٤٦ ، ٥ ، رقم ٢٥٨ ، ص ٥٢١ •

(٢) يلاحظ أن التقادم لا يعمل فى لبنان بالنسبة للأراضى المسووعة (م ٢٥٥ من قانون الملكية العقارية) • ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف لبنان الجنوبى بتاريخ ٢٣ كانون سنة ١٩٥٧ (مشار اليه فى ميشال الخورى وشاهين حاتم ، ج ١ ، بند ٩٧) بإمكان اكتساب ارتفاع المطل بالتقادم على الاراضى المسووعة على أساس أن فتح المطلات لا يخضع للتقيد فى السجل العقارى • غير أن الذى لا يخضع للتقيد فى السجل العقارى هو المطل القانونى دون المطل غير القانونى (الاتفاقى) وعلى ذلك فالمطل غير القانونى (الاتفاقى) يخضع للتقيد فى السجل العقارى ومن ثم فلا يمكن اكتسابه بالتقادم الا اذا كان واردا على أرض غير مسووعة • وقد قضت محكمة بيروت الابتدائية فى ٢٠ كانون الاول سنة ١٩٤٩ وفى ٢٦ تشرين الثانى سنة ١٩٤٨ (مشار اليهما فى الفقرة ١٨ من المرجع السابق) •

المصرى اذا كان بناؤه أصما وأربعة امتار فى القانون اللبنانى ومترين فى القانون المصرى اذا كان فى بنائه مطل ، فى حالة كون المطل المكتسب بالتقادم مطلا مواجهها ، ونصف متر اذا كان البناء أصما ومتر اذا كان فى البناء مطل فى كلا القانونين فى حالة كون هذا المطل منحرفا . وقد نصت المادة ٢/٨١٩ من التقنين المصرى على ذلك بقولها : « واذا كسب أحد بالتقادم الحق فى مطل مواجه لملك الجار على مسافة تقل عن متر ، فلا يحق لهذا الجار أن يبنى على أقل من متر يقاس بالطريقة السابق بيانها ، وذلك على طول البناء الذى فتح فيه المطل » . وقد صرحت المذكرة الايضاحية لهذا القانون بوجوب الاخذ بهذا الحل أيضا فى المطل المنحرف اذا ما كسب بالتقادم . ورغم عدم وجود نص فى القانون اللبنانى فيجب الاخذ بهذه النتيجة باعتبارها من مقتضيات اكتساب الارتفاق غير القانونى بالتقادم .

ولكن يشترط لذلك بالطبع أن يتضمن فتح المطل معنى التعدى على ملك الجار بتحميله عبئا استثنائيا بالمطل دون تقييد بالمسافة القانونية . لذلك فانه اذا كان فتح المطل دون تقييد بالمسافة القانونية على حائط أصم أو أرض فضاء أو بناء مملوك لقريب ، فان صاحب المطل لا يكتسب حق ارتفاق بالمطل مهما طالّت المدة ، لان فتح المطل فى هذه الظروف يحمل محل التسامح أو العفو من جانب الجار وليس محل التعدى .

المبحث الثانى

نطاق الملكية والمصلحة العامة

٩٤ — اذا كانت الوظيفة الاجتماعية للملكية تقتضى تطويع سلطات المالك لمقتضيات المصالح الخاصة المشروعة ، كما رأينا ، فانها — من باب أولى — تقتضى تطويع هذه السلطات لمقتضيات المصلحة العامة . بل ان هذا الميدان الاخير ينكمش فيه نطاق سلطات المالك — فردا كان أو شخصا من اشخاص القانون العام أو مشروعا عاما — كصاحب حق ذاتى ، وتصل

فيه الوظيفة الاجتماعية للملكية الى منتهىها . وفي هذا الميدان أيضا يظهر القانون العام بتنظيماته الادارية المختلفة فيطبع الملكية بطابع جديد غير مألوف في أنظمة القانون المدنى ، بمعناه التقليدى ^(١) . وقد أشارت المادة ٦٣ من قانون الملكية العقارية اللبنانى الى هذه التنظيمات عندما نصت على أن « الارتفاق القانونى العائد للمنفعة العمومية ... هو محدد فى القوانين والأنظمة الخاصة » كما اشارت اليها المادة ٨٦٠ من القانون المدنى المصرى عندما نصت على أنه « على المالك أن يراعى فى استعمال حقه ما تقضى به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة ... » .

ومهما تنوعت تطبيقات الوظيفة الاجتماعية للملكية فى هذا الشأن فانه يمكن ردها الى قيود يفرضها حسن أداء الخدمات العامة التى يضطلع بها المجتمع قبل أفرادها ، وهى ما يعرف فى بعض الاحيان بارتفاقات المصلحة العامة أو الارتفاقات الادارية ، وأخرى تتعلق بالمحافظة على الثروة القومية وتنميتها .

المطلب الاول : نطاق الملكية والقيود المتعلقة بالمصلحة العامة .

المطلب الثانى : نطاق الملكية والثروة القومية .

المطلب الاول

نطاق الملكية والقيود المتعلقة بالمصلحة العامة

٩٥ — تتعدد القيود المفروضة على سلطان المالك وتتشعب فى التشريعات واللوائح المختلفة الى درجة يصعب معها حصرها أو تصنيفها . ومن أمثلة هذه القيود القيود المتعلقة بالبناء ، كضرورة الحصول على ترخيص بالبناء وضرورة مراعاة مواصفات معينة فى بعض المباني (كالمباني المقلقة

Marty et Raynaud, op. cit., No. 299

(١)

للراحة والمضرة بالصحة والخطرة ، ومبانى العذب والالات البخارية) ، وقواعد تقسيم الاراضى المعدة للبناء ، والقيود المفروضة على المبانى المتصلة بالطريق العام ، والقيود المتعلقة بالصحة العامة كردم البرك والمستنقعات ، والقيود المتعلقة بنقل القوى المحركة أو بالمواصلات التليفونية والبرقية ، كالسماح بمد أسلاك الكهرباء وأنابيب البترول والغاز وأسلاك التليفون والتلغراف ، والقيود الناشئة عن جوار بعض الاماكن المعينة ، كما فى منع الملاك المجاورين للأماكن العسكرية من اقامة مبان على مسافة معينة وفى تقييد ارتفاع المبنى فى مناطق رؤية الفنارات وعلامات الملاحة الاخرى ، والقيود المتعلقة بالاشغال العامة ، كالاستيلاء المؤقت على عقارات الافراد ... الخ (١) .

ويتضح مما تقدم أن هذه القيود — على تنوعها — أما أن تقتصر على تقييد المالك فى الانتفاع بملكه فتأخذ طابعاً سلبياً ، كمعظم القيود المتعلقة بالبناء ، وأما أن تتجاوز ذلك الى الزام المالك بعمل معين فتأخذ طابعاً ايجابياً كما فى ردم البرك والمستنقعات ، وأما أن تصل الى حد تحويل الادارة الحق فى استخدام الشيء المملوك ، كما فى الاستيلاء المؤقت (٢) .

٩٦ — وقد ثار الخلاف حول طبيعة هذه القيود . فنصوص القانون الفرنسى تخلع عليها وصف الارتفاقات . وكذلك المشرع اللبنانى يخلع عليها هذا الوصف اذ تنص المادة ٦٣ من قانون الملكية العقارية على أن « الارتفاق القانونى العائد للمنفعة ، سواء أكانت الغاية منه التمكن من الوصول الى شواطىء البحر ووضفاف مجارى المياه ، أو تأمين أو تسهيل مهمة اعداد المسالك أو المنشآت العمومية والعناية بها أو استعمالها ، وعلى الاخص المنشآت العسكرية البرية والبحرية ، هو محدد فى القوانين

(١) فى محاولة تعداد هذه القيود وتصنيفها انظر زهدى يكن ، المرجع السابق ، ج ٢ ، بند ٣٠٧ ، محمد كامل مرسى ، بند ٢٢١ وما بعده وانظر أيضاً لنفس المؤلف

De l'étendue du droit de propriété en Egypte, op. cit., p. 153, et ss.

(٢) زهير جرانة ، ص ٢٥٢ .

والانظمة الخاصة » • ولكن جانبا كبيرا من الفقه يرفض الاعتراف لها بهذه الصفة ، حتى من يسلم منه بها بالنسبة لقيود الملكية المفروضة للمصلحة الخاصة (١) • فحق الارتفاق كما خلصنا اليه هو عبء يتقرر لصالح عقار معين على عاتق عقار آخر ، فيثقل العقار المرتفق به دون صاحبه ويقوم لصالح العقار المرتفق دون مالكة • وهذا التحديد لحق الارتفاق يباعد بينه وبين القيود المفروضة على الملكية للمصلحة العامة •

فالقيود المفروضة على الملكية للمصلحة العامة لا تفترض وجود عقار مرتفق ، اذ الفرض أنها مفروضة للمنفعة العامة وليس لمصلحة عقار ، والمستفيد من هذه القيود هم الاشخاص العامة التي تفرض (٢) لصالحها أو حتى مجرد الافراد العاديين في كثير من الاحيان (٣) •

والقيود المفروضة على الملكية للمصلحة العامة ان كانت تفرض بالفعل على عقار أو بمناسبته ، فانها مع ذلك تتضمن عنصرا شخسيا يخفف من طبيعتها العينية ويباعد بينها وبين حقوق الارتفاق • ويتمثل هذا العنصر في ارتباط القيد بشخص صاحب العقار المفروض عليه بحيث لا يجوز له في الغالب من الاحيان التخلص منه بالتخلص من عقاره ، بعكس الحال في حقوق الارتفاق حيث يجوز دائما التخلص منها بالتخلي عن العقار المفروض عليه •

وتطبيقا لذلك رفضت محكمة النقض الفرنسية (٤) — في حالة شخص أقام بناء دون الحصول على الترخيص اللازم — أن تجيب جارا الى طلب

(١) راجع في هذا الصدد :

Marty et Raynaud, op. cit., No. 144 et 308.

(٢) محمد على عرفة ، بند ١٣ ، محمد كامل مرسى ، بند ٢٢٢ •

(٣) Marty et Raynaud, ibid.

(٤) الدائرة المدنية ٩ يونية ١٩٥٩ مشار اليه في Marty et Raynaud

هـ ٥ ص ١٦٤ •

هدم البناء لان « الارتفاقات الادارية » ليس لها من الاثر سوى الاجبار على مراعاة القواعد المتعلقة بالمصلحة العامة ولا تهدف الى خدمة العقار الذى قد يستفيد منها بصفة تبعية كنتيجة للمصلحة العامة التى تقوم عليها هذه الارتفاقات » . كذلك قضت محكمة التمييز اللبنانية بأن ضبط المخالفات بشأن قوانين البناء والتنظيم يعود الى الموظفين الذين تعينهم هذه القوانين ، وأن هذه القوانين لا تتعلق الا بتحديد حقوق وموجبات الافراد فى علاقتهم بالدوائر ذات الاختصاص ، أما الحقوق والموجبات بين الافراد فقد حددها قانون الملكية العقارية والقوانين الاخرى المماثلة المتعلقة بالعقارات . فاذا طلب أحد الافراد ازالة قسم من البناء انشئ خلافا للرخصة دون أن يثبت أن خصمه خالف قوانين الملكية العقارية والحق به ضررا من جراء هذه المخالفة فانه لا يكون ذا صفة فى الادعاء (١) .

ويذهب رأى آخر الى أن القيود المفروضة على الملكية للمصلحة العامة ان كانت لا تستحق كلها وصف حقوق الارتفاق فان منها ما يستحق فعلا هذا الوصف . ذلك أنه يجب التمييز فى هذا الصدد بين الاعباء التى تفرض على بعض العقارات لخدمة عقارات أخرى معينة من الاشياء العامة ، كالقيود المفروضة لخدمة الطرق العامة أو لخدمة بعض المرافق كالمناطق العسكرية ، وبين الاعباء التى تفرض على بعض العقارات لاعتبارات مختلفة من النفع العام دون أن ترمى الى خدمة عقار معين من الاشياء العامة ، كالاستيلاء المؤقت (٢) . فالاولى وحدها يتوافر لها عناصر الارتفاق وتستحق وصف الارتفاقات الادارية ، أما الاخرى فلا تستحق هذا الوصف . ويذهب هذا الرأى الى أن انكار وصف الارتفاق على القيود المفروضة على الملكية العامة يرجع فى الواقع الى هذا الخلط بين الارتفاقات بالمعنى الدقيق وبين القيود الاخرى المفروضة للمصلحة العامة .

(١) تمييز ١٠ شباط سنة ١٩٦٧ ، المحامى ، ١٩٦٧ ، ص ٢٣ .

(٢) محمد زهير جرانة ، ص ٢١٧ وما بعدها .

وأيا ما كان الرأي فإن الاعتراف لقيود المصلحة العامة ، كلها أو بعضها ، بصفة الارتفاق ، من شأنه أن يعزز الحماية المقررة لها ، وأن يتيح للمستفيد منها بصفة خاصة التعويض عن التعدى عليها ، وممارسة الدعاوى العينية التى تحميها (١) .

٩٧ — وارتفاقات المصلحة العامة ، كما قلنا ، ذات طبيعة ادارية واضحة، حتى أنها تعرف أحيانا بالارتفاقات الادارية . هذه الطبيعة الادارية تظهر فى انشائها كما تظهر فى ممارستها . فعندما يقتصر القانون على تقرير انشاء ارتفاق معين للمصلحة العامة دون أن يحدد العقارات التى تخضع له أو دون أن يحدد آثاره ، فإن مثل هذا التحديد وذاك يصدر به قرار ادارى ، ومن ثم اذا ثار خلاف حول اجراءاته أو مدى مطابقتها للقانون فإن الفصل فى هذا الخلاف يكون من اختصاص القضاء الادارى . كذلك فإن الذى

(١) تنفرد الاشياء العامة — من حيث هى مخصصة للمنفعة العامة — بإمكان انتفاع الافراد بها فيما هى مخصصة له. فلكل من أصحاب العقارات المجاورة للطرق العامة مثلا الانتفاع بها فى المطل عليها والمسيل فيها والنفاذ اليها ، ولكل مالك استعمال الترع العامة والانهار فى رى أرضه وفقا للوائح الخاصة بذلك . ويثور التساؤل عما اذا كانت هذه الاوجه من الانتفاع بالاشياء العامة فيما هى مخصصة له من المنفعة العامة يعطى للأشخاص عليها حقوقا أم مجرد رخص ، واذا كانت حقوقا فهل هى حقوق شخصية أم حقوق عينية يصح اعتبارها من قبيل حقوق الارتفاق . وقد استقر القضاء الفرنسى منذ البداية على اعتبار هذه المنافع من قبيل الحقوق ، وان كان قد تطور من اعتبارها حقوقا عينية تخول التتبع فى مواجهة الادارة الى اعتبارها حقوقا من نوع خاص تتمتع بملامح الحقوق العينية دون سلطة التتبع ، الى اعتبارها أخيرا مجرد حقوق شخصية تتحول الى تعويض عند اخلال الادارة بها (راجع فى تحليل هذا القضاء : محمد زهير جرانه ، ص ٢٣٧ وما بعدها والمراجع المشار اليها فيه) . أما فى مصر فقد ذهب القضاء المختلط الى اعتبار حق استعمال الترع العمومية حق ارتفاق وارد على شىء عام ، وعوض صاحبه على هذا الاساس عن ردم التربة العامة أو حبس المياه مؤقتا عنها ، ولكنه تردد فى تكييف منافذ التطرق من اعتبارها حقوق ارتفاق الى اعتبارها مجرد رخص لا يمكن التعويض عن المساس بها . وأما المحاكم الاهلية فقد رأت فى منافذ التطرق حقوقا ، الا أنها تحاشت وصف هذه الحقوق أو تحديد طبيعتها (راجع الاحكام المشار اليها فى محمد زهير جرانه ، ص ٢٦٣ وما بعدها) .

يمارس الارتفاق من الناحية المادية هم أصلا الأشخاص الاعتبارية العامة فتكون المسؤولية التي قد تنتج عن أعمالها من اختصاص القضاء الإداري ما لم تكن هذه الأعمال من أفعال الغصب فتختص بها المحاكم القضائية وفقا للقواعد العامة .

وصفة المنفعة العامة للارتفاق تجعل هذا الارتفاق من النظام العام ، وتمنع امكان قيام استثناء عليه ، سواء بعمل منفرد من جانب الإدارة أو بالاتفاق بينها وبين أصحاب الشأن ، ما لم يسمح بذلك نص القانون المنشئ للارتفاق ، على الخصوص فيما يتعلق بوعاء الارتفاق . وتعلق الارتفاق بالنظام العام هو الذي يفسر أيضا امتناع التخلص منه عن طريق التخلي عن العقار المتعلق به ، في أغلب الأحيان .

المطلب الثاني

نطاق الملكية والثورة القومية

٩٨ — رأينا ما تمثله الأشياء المختلفة من أهمية بالنسبة للمجتمع ، وكيف أن هذه الأهمية تقتضى منه فرض رقابة على استثمارها وتوزيع ناتجها أيا ما كان المالك لها . هذه الرقابة توجد في جميع التشريعات الحديثة ولكنها تبلغ أقصى مداها في النظام الاشتراكي حيث يخضع الانتاج والتوزيع للتخطيط الشامل ، وحيث يخضع للخطة كل من الملكية العامة والملكيات الخاصة .

وتتمثل هذه الرقابة من ناحية في تنظيم الانتاج بأنواعه المختلفة ، كما هو الحال في تحديد المساحات التي تزرع من المحاصيل المختلفة وفي التدابير الوقائية للمحاصيل الزراعية من الآفات وفي تجميع الاستثمار الزراعي والدورة الزراعية ، كما تتمثل هذه الرقابة من ناحية أخرى في تحديد علاقة المالك بغيره من مستأجرين وعمال وعملاء ، كما هو الشأن في القوانين المتعلقة بتمديد الإيجار بقوة القانون وتحديد الاجرة ، أو

المحددة لاجر العامل وحقوقه المختلفة ، أو المتعلقة بتحديد أثمان السلع المختلفة . ولن نعرض لهذه التنظيمات المختلفة ، فبعضها يرد في تشريعات متغيرة متفرقة يصعب تجميعها ، وبعضها محل دراسة تفصيلية في أماكن أو فروع أخرى من فروع القانون ، كما هو الآن في تشريعات الايجار وفي تشريع العمل . ونكتفى في هذا الصدد ببيان مدى امتداد ملكية الارض الى ما فوقها وما تحتها لنتبين كيف اقتضت حماية الثروة القومية انتزاع بعض العناصر التي كان من المفروض أن تمتد اليها الملكية الفردية لتصبح ملكا للدولة .

امتداد ملكية الشيء الى ثماره ومنتجاته وملحقاته :

٩٩ - اذا كان نطاق الملكية يتحدد بالشيء الواردة عليه ، فمن البديهي أن تمتد هذه الملكية الى كل عناصر هذا الشيء الجوهرية باعتبارها أجزاء من الشيء محل الملكية ، فيمارس المالك حقه عليها بناء على نفس السبب الاصلى للملكية . فمالك البناء مثلا يملك جميع الاجزاء المكونة له من جدران وأسقف وأرضيات وشبابيك وأبواب ... وقد نصت المادة ٨٠٣ من التقنين المدني المصري على ذلك بقولها : « مالك الشيء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير » .

كذلك فان ملكية الشيء تمتد الى ثماره ومنتجاته وملحقاته . وقد عرفنا المقصود بالثمار والمنتجات . وتمتد الملكية الى الثمار بمقتضى سلطة الاستثمار ، وتمتد الى المنتجات باعتبارها أجزاء من الشيء الواردة عليه الملكية . أما الملحقات فيقصد بها بصفة عامة كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء أو للتمتع به وعلى أى وجه كان ، طبقا لما تقضى به طبيعة الاشياء أو العرف . فاذا ما ثبتت ملكية الشخص لشيء معين كان ذلك قرينة على ملكيته لكل ثماره ومنتجاته وملحقاته . ولكن هذه القرينة تقبل اثبات العكس ، فيجوز أن يقام الدليل بداهة على أن الثمار أو المنتجات أو الملحقات ملك لشخص آخر غير المالك . وقد أشارت المادة ٢٨ من قانون الملكية العقارية اللبناني الى هذا الوضع بتنظيمها لحق السطحية

اذ تنص على أن « السطحية هو حق المالك في ابنية أو منشآت أو أغراس قائمة على أرض هي لشخص آخر » . كذلك نصت المادة ٨٠٤ من التقنين المدني المصري على ذلك بقولها : « لملك الشيء الحق في كل ثماره ومنبجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك » .

واذا كان تحديد نطاق الملكية ، يبدو على هذا النحو ميسورا ، فإن الصعوبات لا تلبث أن تثور بصدد ملكية الأرض . فالأرض تفترض سطحا معيناً يوجد فوقه علو ويوجد تحته عمق ، فإلى أى حد تمتد الملكية الى هذا العلو أو العمق ؟

امتداد ملكية الأرض الى العلو والعمق :

١٠٠ - تشمل ملكية الأرض ملكية العلو والعمق . ومرجع ذلك أن ملكية سطح الأرض منفصلاً عن العلو أو العمق تعتبر عديمة الفائدة ، اذ لا تمكن من أى وجه من أوجه الانتفاع بالأرض . وقد نصت المادة ١٣ من قانون الملكية العقارية في لبنان على هذه القاعدة بقولها « تشمل ملكية الأرض ملكية ما فوق سطح الأرض وما تحته ، وعليه فإن لمالك الأرض أن يغرس فيها ما يشاء من الأغراس وأن يبنى ما يشاء من الابنية ، وأن يجرى فيها حفريات ... » ، كما قررتها المادة ٨٠٣/٢ من القانون المدني المصري بقولها « ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها الى الحد المفيد في التمتع بها علواً أو عمقا » .

وملكية العلو هي التي تمكن المالك من البناء أو الغراس في أرضه أو مد الأسلاك فوقها على نحو ما يبينه النص اللبناني صراحة ، وهي التي تمكنه من منع الآخرين من مثل هذا البناء أو الغراس أو من مد مثل هذه الأسلاك ، والمطالبة بإزالة ما يقوم به الغير من ذلك دون رضاه . ويذهب القانون اللبناني في مادته الثالثة والسبعين الى أبعد من ذلك فيخول المالك الحق في القيام بنفسه بقطع ما يعلو أرضه من أشجار الجار ، خلافاً للمبدأ المقرر من عدم اقتضاء الشخص حقه بنفسه ووجوب اللجوء الى

القضاء في هذا الشأن • ولكن لما كان هذا الحكم حكما استثنائيا على هذا النحو فيجب قصره على الحالة التي ورد بشأنها وهي قطع فروع الاشجار دون غيرها مما قد يقيمه الغير من بناء أو غيره في أرض جاره • أما النص المصري فلا يوجد فيه استثناء من المبدأ العام في وجوب الالتجاء الى القضاء للاستحصال على الحق •

وملكية العمق تعنى في الاصل تخويل مالك الارض أن يستخرج من جوفها الاحجار والمعادن والاثربة ، وأن يمد فيه ما يشاء من أنابيب وأسلاك ، وأن يقيم فيه ما يشاء من منشآت وأنفاق وممرات ، وأن يحفر فيه ما يلزم من آبار • و اذا كانت مثل هذه المكنتات تثبت لمالك الارض ، فمعنى ذلك أنه يستطيع أن يمنع الغير منها ، ويستطيع المطالبة بإزالة كل ما قد يقوم به الغير من ذلك دون رضاه • فله مثلا أن يطالب بقطع جذور الاشجار التي تمتد في باطن أرضه أو بهدم ما قد يمهده الغير فيها من منشآت (١) •

ولقد كان الفقه القديم يذهب في تفسير هذا الوضع الى القول بأن مالك الارض يملك طبقة الهواء التي تعلو أرضه وتمتد ملكيته للارض عمقا الى ما لا نهاية • وقد أخذ على هذا الرأي صبغته النظرية من حيث أن الملكية لا يتصور ممارستها على أبعد من ارتفاع أو عمق معين وأن الحقوق لا تعطى للأفراد الا للتمتع بها ، فاذا لم يكن هناك وجه متصور للانتفاع بالشئ لا يصبح هناك محل لتقرير حق الملكية عليه • لذلك يذهب الفقه في ظل الاتجاه الاجتماعي الحديث وحيث برزت الوظيفة الاجتماعية للملكية ، الى تحديد ملكية العلو أو العمق بالحد الممكن الانتفاع به ، بحيث لا تكون هناك ملكية أو استئثار فيما وراءه • وقد أخذ المشرع المصري بهذا النظر فنص في المادة ٨٠٣/٢ على أن « ملكية الارض تشمل ما فوقها وما تحتها الى الحد المفيد في التمتع بها ، علو أو عمقا » •

(١) في هذا المعنى : طنطا الكلية ١٩٢٦/٢/٩ ، المحاماة ، ٦ ، رقم ٣٠٤ ص ٤٣٥ • على أنه يلاحظ أن هذا الحكم يذهب الى أبعد من ذلك فيخول المسالك أن يقوم بنفسه بقطع جذور الاشجار على نحو ما يقضى به المشرع الفرنسي في هذا الشأن بالرغم من عدم وجود نص مماثل في التشريع المصري

أما المشرع اللبناني فلم يورد نصاً مماثلاً لنص المشرع المصري مما يوحى بأن مالك الأرض في التشريع اللبناني يملك ما فوقها وما تحتها الى ما لا نهاية ودون تحديد بارتفاع أو عمق معين ، خاصة وأن المادة ٢٣ من قانون الملكية العقارية اللبناني تقضى بان لمالك الأرض « ٠٠٠ أن يجرى فيها حفريات الى أى عمق يشاء ٠٠٠ » ومع ذلك فيمكن الاستناد الى المبدأ العام في عدم التعسف في استعمال الحق الذي تقرره المادة ١٢٤ من قانون الموجبات والعقود للقول بتحديد ملكية العلو والعمق بالحد المفيد في التمتع بكل منهما . فهذا المبدأ يقضى بوجوب عدم مجاوزة الفرض الذي من أجله منح الحق ، وهذه المجاوزة تتحقق اذا لم يوجد وجه متصور للتمتع بالشئ ، مما يفيد وجوب الوقوف بحق الملكية فيما يتعلق بالعلو والعمق عند الحد الذي يحقق مثل هذا التمتع فحسب .

انفصال العلو أو العمق عن ملكية الأرض :

١٠١ - اذا كانت ملكية الأرض تشمل في الاصل الحق في استعمال العلو أو العمق على النحو السابق ، فمن الممكن انسلاخ هذا أو ذاك عنها . فقد يترتب للغير حق في البناء أو الغراس على هذه الأرض بنص في القانون أو بتصرف قانوني . وقد يكون لشخص غير مالك الأرض حق معين على بعض عناصر العمق . وقد عبر المشرع المصري عن المعنى السابق بنصه في المادة ٨٠٣/٣ على أنه « يجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية السطح منفصلة عن ملكية ما فوقها أو تحتها » . وقد تضمن مشروع التقنين المدني المصري مثل هذا النص مع استبدال لفظ « العمل القانوني » بلفظ « الاتفاق » لان العمل القانوني أعم في الدلالة على معنى الارادة .

ومقتضى ذلك أن ملكية الأرض تعتبر قرينة على ملكية العلو ، ولكنها قرينة بسيطة يمكن اقامة الدليل على عكسها ، باثبات أن القانون أو مالك الأرض قد خول الغير عنصراً أو أكثر من عناصر العلو أو العمق ^(١) .

(١) في هذا المعنى : نقض مدني ١٩٤٠/٥/٢٣ ، مجموعة عمر ، ٣ رقم ٦٣ ، ص ٢١٦ ، نقض مدني ١٩٠٥/١١/٣ ، مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاماً ، ٢ ص ٩٩٠ .

ملكية المناجم والمحاجر :

١٠٢ - على أنه اذا كانت ملكية العمق الى الحد المفيد في التمتع به تخول المالك الاستئثار بما في باطن الارض ، فقد نظم المشرع اللبناني استثمار المناجم والمقالع والمحاجر واخرجها المشرع المصرى كلية من نطاق الملكية الخاصة واعتبرها من أملاك الدولة . ومرجع ذلك ما تقتضيه مصلحة الاقتصاد القومى من هيمنة الدولة على هذه المواد التى باتت من الاسس التى يركز عليها بناء الاقتصاد القومى ، خاصة وأن وجودها فى أرض يملكها أحد الافراد انما هو من عمل الطبيعة لا فضل للمالك الارض فيه .

١٠٣ - وفى لبنان يفرق المشرع بين المناجم وبين المقالع . ويقصد بالمناجم فى القانون اللبنانى المكامن الطبيعية المحتوية على المواد المعدنية . وقد قسم المشرع هذه المواد الى فئات سبع : الحجارة الثمينة والمعادن الثمينة ، المواد المعدنية مثل الحديد والكروم والمنغنيز والنيكل والزرنيخ والنحاس والتوتيا والرصاص والاثمد والقصدير والزنبيق ، النيترات والفوسفات والاملاح القلوية والبورات والاملاح ، المحروقات المستخرجة من الارض كالفحم الحجرى والخشب المتفحم ، أنواع الاسفلت والحرر والشست الحمري ، أنواع الهيدروكربور المائية والغازية، المواد المعدنية التى لاتدخل فى احدى الفئات السابقة كالكبريت والغرافيت والاميانيت وأنواع التراب النادرة (م ٣ من القرار رقم ١١٣ الصادر فى ٩/٨/١٩٣٣) . وقد حرص المشرع بعد تعداد هذه الاقسام أن ينبه الى أن هذا التعداد لم يرد على سبيل الحصر وانما لمجرد التمثيل . أما المقالع فقد عرفها المشرع بأنها المكامن الطبيعية لمواد البناء من جميع الانواع ما عدا الرمل والحصى التى تستخرج من مجارى الماء أو من شاطئ البحر ، والمكامن الطبيعية لمواد تحسين أراضي الزراعة ، ومناجم الفحم النباتى الاصل (م ٢ من القرار سالف الذكر و م ٢ من القرار رقم ٢٥٣ لـ ٢٠٠٠ بتاريخ ٨/١١/١٩٣٥) .

فأما المناجم فيحكمها نظام المناجم الصادر به القرار رقم ١١٣ في ١٩٣٣/٨/٩ المعدل بالمرسوم الاشتراعى رقم ١١٣ في ١٩٤١/١٠/٩ وبالقانون الصادر في ١٩٦١/٨/٧ . وبمقتضى هذا القانون يمكن الحصول على حق استثمار منجم من المناجم بموجب رخصة استثمار أو بموجب امتياز ، وتمنح هذه الرخصة أو الامتياز بناء على رخصة تنقيب أو على أثر مزايدة عمومية (م ٤) .

ورغم أن الدولة هي التى تستأثر على هذا النحو بمنح رخص التنقيب والامتياز فقد حرص المشرع على حماية حق صاحب الأرض فى الحدود التى لا تعطل استثمار المنجم . لذلك فقد نصت المادة ١٠٧ من القانون على أنه لا يحق لصاحب الرخصة أو الامتياز بدون رضى صريح من مالك الأرض أن يشغل أراضى كائنة ضمن الأملاك المسورة والاحراش والبساتين ، ولا يجوز له أن يحفر الآبار والدهاليز على مسافة تقل عن ٥٠ مترا من بيوت السكن ومن الأرض المسور عليها اللاصقة بها بدون رضى صاحب هذه المساكن . ولكن المادة ١١٠ من القانون نصت على أنه يحق لصاحب الرخصة أو الامتياز أن يشغل الأراضى الخصوصية الواقعة ضمن المنطقة وعلى جوانبها اذا ثبت لرئيس دائرة المناجم أنه لا غنى عنها لعمله ، فاذا رفض صاحب الأرض فلا يمكن استعمال هذا الحق الا بناء على أمر بمرسوم يصدر بعد استماع أصحاب الشأن وبعد أن يودع صاحب الرخصة أو الامتياز ضمانا تعيين قيمتها فى المرسوم المذكور بناء على اقتراح رئيس ادارة المناجم . وقد أضافت هذه المادة أنه يكون لصاحب الأرض الحق فى تعويض يعادل ضعف دخل الأرض المشغولة الصافي يدفع مسبقا فى ابتداء كل سنة من اشغال الأرض ، واذا طالبت مدة الاشغال أكثر من سنة أو جعلت الأرض فى حالة لا يمكن معها حرثها أو استعمالها كما فى الماضى ، فيحق لصاحبها أن يطلب أن تشتري القطع المشغولة مقابل مبلغ يعادل ضعف ما كانت عليه قيمة الأرض فى التاريخ الذى حصل فيه اشغالها .

وتضيف المادة ١٠٩ لذلك أنه اذا كانت منطقة الرخصة أو الامتياز تشمل أراضى حرة من أملاك الدولة فيجوز لصاحب الرخصة أو الامتياز شغل

القسم اللازم له منها والتصرف بالمياه أو قطع الاحراج بشرط مراعاة القوانين النافذة ، ومع دفع التعويض الذى يعين فى هذا الشأن •

أما المقالع ، فقد اعتبرها المشرع اللبنانى غير منفصلة عن ملكية الارض بحيث « تتبع شروطها ويمكن التنازل عنها أو تأجيرها أو بيعها » (م ٢ من القرار رقم ١١٣ فى ٩/٨/١٩٣٣ و م ٣ من القرار رقم ٢٥٣ ل.ر. سالفى الذكر) • غير أن القرار ٢٥٣ ل.ر. المذكور والمعدل بالمرسوم الاشتراعى رقم ١١٦ الصادر فى ١٢/٦/١٩٥٩ قد أخضع استثمار هذه المقالع لنظام خاص يسمى « نظام استثمار المقالع » • وبمقتضى هذا النظام ، يجب على كل شخص يريد أن يستثمر مقلعا واقعا فى أرض خصوصية ، حتى ولو كان هو مالك هذه الارض ، أن يقدم تصريحاً الى قائم مقام المنطقة الموجود فيها المقلع وأن يطلب ترخيصاً فى الاستثمار (م ٤) وأن يدفع مقابل ذلك عوائد معينة (م ١٦) • كذلك يخضع فتح واستثمار المقالع من أملاك الدولة لآخذ اجازة استثمار تمنحها الدولة لمدة معينة وترخيص بالاستثمار تعطيه دائرة النافعة فى الدولة (م ٨) ومقابل العوائد السابق الاشارة اليها (م ١٦) •

١٠٤ — أما فى مصر فقد قامت على تنظيم استثمار هذه المواد منذ سنة ١٩٤٨ عدة قوانين كان آخرها القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٦٣ •

وتنص المادة الثالثة من هذا القانون على أنه : « يعتبر من أموال الدولة ما يوجد فى المناجم من مواد معدنية فى الاراضى المصرية والمياه الاقليمية • وتعتبر كذلك من هذه الاموال خامات المحاجر عدا مواد البناء — الاحجار الجيرية والرملية والرمال — التى توجد فى المحاجر التى تثبت ملكيتها للغير » • ويتضح من هذا النص أن للمالك استعمال العمق الاستعمال العادى للملكية بالبناء أو الحفر أو مد الانابيب الى غير ذلك ولكن ليس له استعمالها بأخذ ما يوجد فيها من مواد معدنية أو خامات المحاجر اذ تعتبر هذه الاخيرة ملكا للدولة بقوة القانون •

وقد حددت المادة الاولى من نفس القانون « المواد المعدنية » بأنها « المعادن وخاماتها والعناصر الكيماوية والاحجار الكريمة وما في حكمها والصخور والطبقات والرواسب المعدنية التى توجد على سطح الارض أو فى باطنها وكذلك المياه المعدنية الخارجة من باطن الارض اذا كان استغلالها بقصد استخراج مواد معدنية منها ولا تدخل فى ذلك الاملاح التبخرية التى تستخرج بطريق التبخر » ، وحددت « خامات المحاجر » بأنها « مواد البناء والرصف والاحجار الزخرفية وخامات المون والبلاط والاحجار الصناعية والدولوميت ورمال الزجاج وما يماثلها » .

وقد كان القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ يراعى جانب مالك الارض فى البحث عن المعادن والاحجار واستثمارها ، فيجعل له الاولوية على الغير فى البحث عن المواد المعدنية والحجرية أو استثمارها ، ويعفيه من الايجار المقرر للحكومة فى مقابل الترخيص بالبحث عن المواد المعدنية (م ١٥/٢ و ٣) ، فاذا لم يقيم بالبحث والاستثمار بنفسه وصدر الترخيص للغير بهذا البحث والاستثمار فيكون للمالك الارض نصف الايجار المقرر على هذا الغير نظير الترخيص (م ١٥/٥ و م ٣٢/٢) ، وينص على جواز اعفاء المالك المرخص له فى استثمار المحجر من دفع اتاوة الاستثمار وذلك فيما يتعلق بمواد البناء اذا كان يستخرجها بقصد استعماله الخاص (م ٣٢) .

ولكن القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٦٣ قد أنهى تراخيص البحث وعقود استثمار المناجم ، وكذلك استثمار بعض المحاجر الممنوحة للقطاع العام . فقد نصت المادة الاولى من هذا القانون على أن : « تنتهى تراخيص البحث وعقود استغلال المناجم وكذلك عقود استغلال الجبس والرمال البيضاء الممنوحة للأفراد أو شركات القطاع الخاص » . ونصت المادة الثانية على أن : « تؤمم الاصول المستخدمة فى الاستغلال وتؤول ملكيتها الى الدولة » . ونصت المادة السادسة على أن : « يرخص لوزير الصناعة فى اسناد استغلال المناجم والمحاجر المشار اليها فى المادة الاولى الى شركات القطاع العام » .

على هذا النحو أصبح البحث عن المعادن فى المناجم واستثمار هذه المناجم فى مصر قاصرا على القطاع العام • أما بالنسبة للمحاجر فيجوز الترخيص فى البحث عنها واستثمارها للأفراد أو شركات القطاع الخاص ، فيما عدا محاجر الجبس والرمال البيضاء فتأخذ حكم المناجم •

ويلاحظ أن ما يوجد فى الأرض من أشياء ذات قيمة أثرية لا يكون للمالكها وإنما يعتبر من الأموال العامة ، وإن كان لمن يعثر عليها الحصول على مكافأة معينة (القانون رقم ٢١٥ لسنة ١٩٥١) •

الباب الثالث

أوصاف الملكية

١٠٥ - يتناول المشرع اللبناني أوصاف الحق في القسم الاول من قانون الموجبات والعقود فيعرض للموجبات المختصة بعدة أشخاص (تعدد الدائنين والمدينين) في الباب الثانى منه ، وللموجبات ذات المواضيع المتعددة في الباب السادس ، وللموجبات الشرطية في الباب التاسع ، وللموجبات ذات الاجل في الباب العاشر ، دون أن يتعرض لهذه الاوصاف في قانون الملكية العقارية الخاص بالحقوق العينية . كذلك يتناول المشرع المصرى أوصاف الحق في القسم الاول من التقنين المدنى المتعلق بالالتزامات أو الحقوق الشخصية فيعرض لكل من الشرط والاجل وتعدد محل الالتزام أو الحق وتعدد أطرافه، دون أن يتعرض لهذه الاوصاف في القسم الثانى منه المتعلق بالحقوق العينية .

وقد جرى الفقه بالفعل على تناول هذه الاوصاف في دراسته لنظرية الموجبات أو الالتزام أو الحق الشخصى . غير أن المشرع اللبناني تعرض للشيوع في قانون الملكية العقارية ثم أعاد تنظيمه ضمن الكتاب التاسع من القسم الثانى من قانون الموجبات والعقود الخاص بالشركات ، كما أن المشرع المصرى قد تعرض بالتفصيل في القسم الثانى من التقنين المدنى للشيوع ، فبين أحكامه ، ثم تعرض لبعض صور خاصة منه تتميز بعدم قابليتها للقسمة وتعرف بالشيوع الاجبارى . ومسلك المشرع اللبناني أو المشرع المصرى في شأن أوصاف الحق بصفة عامة وفي شأن الشيوع بصفة خاصة يثير التساؤل عما اذا كانت الملكية يمكن أن تكون موصوفة بوصف من

الأوصاف السابقة وما اذا كان الشيوع يعتبر وصفا من أوصاف الملكية .

على هذا النحو يقتضى تفصيل القول فى أوصاف الملكية التعرض لأوصاف الملكية بصفة عامة ، لتحديد الأوصاف التى يمكن أن ترد عليها ومدى تأثيرها فى أحكامها ، فإذا ما انتهينا الى تحديد الأوصاف التى ترد على الملكية وإلى أن الشيوع يعتبر أحد هذه الأوصاف ، كان علينا أن نعرض للتنظيم الذى خص به المشرع الشيوع كوصف للملكية سواء فى وضعه العادى أو فى صورته الخاصة التى يكون فيها اجباريا ، محيلين فى الأوصاف الأخرى الى موضع دراستها فى نظرية الالتزام أو الحق الشخصى .

الفصل الاول : أوصاف الملكية بصفة عامة .

الفصل الثانى : الشيوع العادى .

الفصل الثالث : الشيوع الاجبارى .

الفصل الأول

أوصاف الملكية بصفة عامة

أوصاف الملكية الواردة على الحق الشخصي :

١٠٦ — أول ما يلاحظ في هذا الشأن هو أننا قد انتهينا الى أن الالتزام أو الحق الشخصي يتضمن في الواقع حق ملكية اذا ما نظرنا اليه كقيمة مالية، بجانب علاقة المديونية بين الدائن والمدين • وعلى ذلك فملكية الحق الشخصي يمكن أن تكون موصوفة بوصف من الاوصاف السابقة اذا ما كان هذا الوصف يلحق الحق الشخصي فيما يتضمنه من قيمة مالية دون أن يقتصر على العلاقة بين الدائن والمدين • فيمكن أن تكون ملكية الحق الشخصي مقترنة بشرط أو مضافة الى أجل ، اذ الشرط يترتب عليه وجود الحق أو انقضاؤه والاجل يترتب عليه حلول الحق أو انتهاءه • وبالمثل يمكن أن يتعدد محل الملكية في الحق الشخصي فيكون تخيريا (alternatif) أو بدليا (اختيارى facultatif) • وأخيرا يمكن أن يتعدد أصحاب الحق الشخصي ، كما اذا كان الحق غير قابل للانقسام • أما تعدد المدين بالالتزام فهو لا يلحق ملكية الحق الشخصي وانما يلحق علاقة المديونية التي يتضمنها هذا الحق وحدها ، اذ الملكية لا تنصرف الا الى القيمة المالية التي يتضمنها هذا الحق دون العلاقة المذكورة •

أوصاف الملكية الواردة على الشخص المعنوى :

٩٣ — واذا كانت الاوصاف السابقة تلحق ملكية الحق الشخصي ، فهل يمكن أن تلحق هذه الاوصاف أيضا ملكية الشخص المعنوى وفقا لما سبق

أن قلنا به من ورود الملكية على الشخص المعنوى ؟ من المتصور أن تكون نشأة الشخص المعنوى أو انقضاؤه مقترنة بشرط فتكون ملكيته مقترنة بهذا الشرط . كذلك يمكن أن تكون نشأة هذا الشخص مضافة الى أجل ، كما أن انقضاؤه يكون دائما مضافا الى مثل هذا الاجل . أما محل ملكية الشخص المعنوى فلا يتصور بالعكس أن يكون تخييريا أو بدليا ، اذا الشخص المعنوى — محل الملكية — لا يمكن أن يكون الا واحدا غير متعدد . وأما تعدد أصحاب الشخص المعنوى فهو الوضع في ملكية الشخص المعنوى على الاقل كلما كان هذا الشخص شركة تفترض أكثر من شريك واحد .

اوصاف الملكية الواردة على الشيء :

١٠٧ — وبمثل ما استبعدنا تعدد المحل في نطاق الملكية التي ترد على الشخص المعنوى ، فانه يمكن استبعاده من نطاق الاوصاف التي ترد على ملكية الاشياء . فهذه الملكية تبدأ بملكية لحق شخصى ولا تتحول الى ملكية للشيء الا بعد تعيين الشيء الذى يكون محلا لها تعيينا تاما ، مما يفترض سلفا قيام المتصرف باجراء الاختيار أو الابدال في حالة كون ملكية الحق الشخصى موصوفة بوصف التخيير أو البذل .

وملكية الشيء قد تكون معلقة على شرط ، كما أنه من المتصور اضافتها الى أجل ، وقد يلحقها وصف تعدد أصحاب الحق كما هو الحال في الشيوخ .

الشرط :

١٠٨ — والشرط كما هو معلوم يلحق التصرف القانونى . فاذا كان التصرف القانونى الذى يلحقه الشرط ينقل ملكية شيء ، سواء كانت هذه الملكية ملكية تامة أو ملكية ناقصة ، فانه يصبح هناك حقان على هذا الشيء حتى يتحدد مصير الشرط المقترن بهذا التصرف . فاذا كان هذا التصرف بيعا ، وكان هذا البيع معلقا على شرط تعليق (شرط واقف) ، فان البائع يكون له على الشيء المبيع حق ملكية معلق على شرط الغاء (شرط فاسخ) ،

والمشتري يكون له حق ملكية معلق على شرط تعليق (شرط واقف) على هذا الشيء . واذا كان البيع معلقا على شرط الغاء (شرط فاسخ) كان المشتري هو صاحب الملكية المعلقة على شرط الالغاء (الشرط الفاسخ) ، وكان البائع هو صاحب الملكية المعلقة على شرط التعليق (الشرط الواقف) .

على أن هذه الملكية المعلقة مآلها دائما الى الثبوت لاحد طرفي التصرف الناقل للملكية . فاذا لم يتحقق الشرط ثبتت الملكية للطرف الذي كانت ملكيته معلقة على شرط الغاء (شرط فاسخ) ، واذا تحقق هذا الشرط ثبتت الملكية بأثر رجعي للطرف الذي كانت ملكيته معلقة على شرط تعليق (شرط واقف)

ونجد وضعاً مماثلاً لهذا الوضع الناشئ عن الشرط في حالة بطلان التصرف الناقل للملكية أو فسخه أو زواله ، نتيجة للأثر الرجعي للبطلان أو الفسخ أو الزوال .

كذلك نجد مثلاً للملكية المقترنة بشرط في بيع الوفاء الذي مازال صحيحاً في القانون اللبناني بعد أن أبطله المشرع المصري . وقد عرفت المادة ٤٧٣ من قانون الموجبات والعقود اللبناني هذا البيع بقولها « ان البيع مع اشتراط التام أن يعيد المبيع الى البائع مقابل رد الثمن » . ويعتبر هذا البيع بيعاً حق الاسترداد أو البيع الوفاائي هو الذي يلتزم فيه المشتري بعد البيع معلقاً على شرط الالغاء (شرط فاسخ) ، ويتمثل هذا الشرط في حق البائع في استرداد المبيع خلال المدة التي يتفق عليها في العقد (١) .

ويلاحظ أن حق صاحب الملكية المعلقة على شرط الغاء (شرط فاسخ) يكون « حالاً » ، ومن ثم يجوز له ممارسة سلطات الملكية من استعمال واستثمار وتصرف (٢) . فاذا ما ثبتت له الملكية ، عند عدم تحقق الشرط ،

(١) انظر في هذا البيع : توفيق حسن فرج ، عقد البيع والمقايضة في القانون اللبناني ، ١٩٦٨ ، بند ٢٨٦ وما بعدها .

(٢) وقد قضت المادة ٤٧٦ من قانون الموجبات والعقود اللبناني بصدد بيع الوفاء على « أن المبيع وفاء يصبح بحكم البيع ملكاً للمشتري على شرط الوفاء ، بمعنى أن المشتري يبقى مالكا له اذا لم يقم بالشروط المتفق عليها لاسترداده أما اذا قام بهذه الشروط فيعد البيع كأنه لم يخرج قط عن ملكية البائع » .

كان طبيعيا أن تظل صحيحة جميع الاعمال التي كان قد اتخذها أثناء تعليق ملكيته بناء على ما له من سلطات باعتباره مالكا ، من قبض للثمار وإدارة وتصرف . أما إذا زالت عنه الملكية بتحقيق الشرط ، فإن منطق الاثر الرجعي للشرط يؤدي الى زوال جميع ما يكون قد اتخذته من أعمال استنادا الى سلطاته باعتباره مالكا . ومع ذلك فإن المالك تحت شرط الغاء (شرط فاسخ) الذي زالت ملكيته بأثر رجعي يظل محتفظا بالثمار التي قبضها ، كما تظل صحيحة أعمال الإدارة الصادرة منه (م ٩٧ و ٩٩ موجبات لبناني / م ٢١٩ / ٢ مدني مصري) ، وكذلك أعمال التصرف إذا كان المتصرف اليه حسن النية (م ٩٨ موجبات لبناني) ، كما هو الشأن بالنسبة للرهن (م ١٠٣٤ مدني مصري) .

أما حق صاحب الملكية المعلقة على شرط تعليق (شرط واقف) فلا يكون « حالا » ^(١) ، ومن ثم فلا يكون له ممارسة سلطات الملكية من استعمال واستثمار وتصرف . فإذا ما ثبتت له الملكية بتحقيق الشرط ارتد أثر ثبوتها الى وقت نشأة التصرف اعمالا للاثر الرجعي للشرط ، بما يترتب على ذلك من تصحيح ما يكون قد صدر عنه من أعمال كقبض الثمار أو الإدارة أو التصرف . أما إذا زالت عنه الملكية بعد تحقق الشرط فتتأبد عدم أحقيته لممارسة سلطات الملكية في فترة التعليق ، بما يترتب على ذلك من بطلان ما يكون قد صدر عنه من تصرفات قانونية تمس الشيء محل الملكية ، مع مراعاة الحقوق التي لا يكون الغير قد اكتسبها بحسن نية (م ٩٥ موجبات لبناني) .

(١) ثار الخلاف في فرنسا حول حقوق البائع بيعا وفائيا في فترة التعليق . وقد ذهب القضاء يسانده جانب من الفقه الى أنه مجرد صاحب حق شخصي في المطالبة باسترداد المبيع خلال فترة معينة . غير أن الراجح في الفقه اعتباره صاحب حق عيني هو حق الملكية الموقوف على شرط التعليق (شرط واقف) اذ لا يمكن تصور ملكية مقترنة بشرط الالفاء دون ملكية مقترنة بشرط التعليق (انظر في هذا الموضوع توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، بند ٢٩٦ والمراجع المشار اليها فيه) .

الاجل :

١٠٩ — الاجل قد يعلق عليه حلول الحق أو انقضاؤه • وقد سبق ان رأينا أن الاجل بنوعيه يلحق ملكية الحق الشخصى ، فهل يمكن أن يلحق كذلك ملكية الشيء ؟

من المسلم به أن حقوق الانتفاع والاستعمال والسكنى حقوق مؤقتة بطبيعتها فيجوز أن تكون مضافة الى أجل مسقط (فاسخ) تنتضى بحلوله • كما أنه من المسلم به ، أن التأقيت وان لم يكن من طبيعة حق التصرف وحق الارتفاق الا أن هذان الحقان يمكن أن يكونا مضافان الى أجل مسقط (فاسخ) ينقضيان بحلوله • فإذا ما انقضى حق من هذه الحقوق عادت الملكات التى كان يخولها الى مالك الرقبة فاجتمع لديه ما كان قد تفرق من سلطات الملكية التامة • ومن المسلم به كذلك، أن هذه الحقوق جميعا يمكن أن يحدد لها فى التصرف المنشئ لها تاريخ معين تبدأ منه ممارسة صاحبها لها فتكون مضافة الى أجل مؤجل (واقف) • ولكن الخلاف قد احتدم فى الفقه حول امكان أو احتمال وجود وضع تضاف فيه الملكية التامة الى أجل معين ، بحيث يكون هناك مالك للشيء قبل حلول هذا الاجل ومالك آخر له بعد حلوله • ويعالج الفقه هذه المشكلة تحت فكرة « تأقيت الملكية » أو « مبدأ دوام الملكية » •

فقد ذهب جانب من الفقه الى أن الملكية (التامة) لا تقبل التأقيت لمدة معينة على عكس الحقوق العينية الاخرى التى تقبل جميعها التأقيت بل قد يكون التأقيت من جوهرها • ومرجع ذلك أن الملكية تفترض تسلط المالك على رقبة الشيء بحيث يكون له التحكم فى وجوده وفى كيانه ومصيره • وهذا التحكم اذ يفترض امكان القضاء على الشيء أو اخراجه من الذمة يتنافى منطقاً مع التأقيت • ومن ثم فإذا اشترط فى التصرف المكسب للملكية أن تتحدد ملكية المتصرف بمدة معينة تعود الملكية بانقضائها الى المتصرف (أو اشترط

ألا تبدأ ملكية المتصرف اليه الا من تاريخ معين) فيكون هذا الاتفاق باطلا (١) .

وذهب جانب آخر من الفقه الى أنه من المتصور منطقاً أن تتقرر لشخص ملكية شيء مدة معينة يكون له خلالها كافة سلطات الملكية بما في ذلك التصرف في رقبة الشيء ، بحيث اذا قام فعلاً بالتصرف في الشيء تصرفاً مادياً أو قانونياً في المدة المحددة انقضت ملكيته له بمقتضى هذا التصرف ، واذا انتهت المدة المحددة للملكية انقضت ملكيته بانقضاء أجلها وعادت ملكية المالك الاصلى (٢) . ويؤدى منطق هذا الرأى كذلك الى امكان تصور أن تتقرر لشخص ملكية الشيء ابتداء من تاريخ معين بحيث تظل هذه الملكية للمالك الاصلى حتى هذا التاريخ ويكون له في هذه الفترة سلطات الملكية فاذا ما تصرف في الشيء انقضت ملكيته ومعها ملكية المتصرف اليه ، واذا لم يتصرف في الشيء في هذه الفترة انقضت ملكيته وابتدأت ملكية المتصرف اليه من وقت حلول الاجل المعين .

ويذهب جانب ثالث من الفقه الى امكان تأقيت الملكية من الناحية المنطقية، ولكنهم ينكرون امكان تحقق ذلك من الناحية العملية ، اذ أنه من الصعب تصور نزول شخص لآخر عن ملكيته نزولاً مؤقتاً بمدة معينة تعود بعدها الملكية اليه . فمثل هذا الاتفاق يجعل حقه في استعادة ملكيته بعد انقضاء الاجل رهناً بارادة المالك المؤقت الذى يستطيع دائماً أن يقضى على الشيء قبل حلول الاجل ، ولذلك لا يجازف أحد عادة بنقل ملكية شيء الى شخص آخر نقلاً مؤقتاً . والواقع أنه يمكن دائماً الوصول الى الغرض العملى من الملكية المؤقتة عن طريق حق الانتفاع الذى يخول المنتفع منفعة الشيء مدة معينة دون التصرف فيه بحيث يضمن المالك اجتماع عناصر الملكية لديه بانقضاء الانتفاع .

(١) في هذا المعنى : محمد على عرفة ، بند ١٦ ، حسن كيرة ، الحقوق العينية الأصلية ، بند ٥٢ ، دروس في الحقوق العينية الأصلية ، ص ٧٦ .
(٢) اسماعيل غانم ، بند ٢٦ .

على أنه اذا كان من الصعب فى الاحوال العادية أن نجد عملا ملكية مؤقتة الا أن الحياة العملية تقدم لنا بعض الصور النادرة لهذا الوضع . من ذلك مثلا الصورة التى يبنى فيها المستأجر على الارض المؤجرة ويتملك البناء باذن من المؤجر . ففى هذه الحالة يكون المستأجر مالكا للبناء طوال مدة الايجار وتكون له كافة عناصر الملكية بما فى ذلك ازالة البناء . فاذا انتهت مدة الايجار دون أن يقوم المستأجر بازالة البناء تملكه المؤجر بحكم الالتصاق نظير دفع تعويض معين ^(١) .

تعدد الملاك :

١١٠ — والملكية تثبت للشخص الواحد على الشئ ، فيقال لها ملكية مفرزة . ولكن الملكية قد تثبت لأكثر من شخص على نفس الشئ ، فيقال لها ملكية شائعة .

والمقصود بالملكية الشائعة فى هذا الصدد حالة وجود حقوق لأكثر من شخص على نفس الشئ يتضمن كل منها جميع سلطات الملكية . وهى تختلف على هذا النحو عن كل من الملكية التى تثبت للشخص المعنوى وعن توزيع سلطات الملكية على الشئ بين أكثر من شخص واحد . فقد رأينا أن اسناد الملكية الى الشخص المعنوى يحفظ للمالك وحدته من الناحية القانونية، وان كان الشخص المعنوى ذاته قد يكون مملوكا فى النهاية لاشخاص متعددين . كذلك رأينا أن اقتطاع منفعة الشئ كلها أو بعضها وتخويلها لشخص غير مالك الرقبة — كصاحب حق الانتفاع أو الاستعمال أو السكنى أو الارتفاق — يؤدى الى تعدد الحقوق على الشئ الواحد مع بقاء كل منها مستقلا بصاحبه .

غير أن الشيوع لا يقتصر على الملكية التامة ، وانما يمتد أيضا الى الملكية الناقصة فى صورها المختلفة من تصرف وانتفاع واستعمال وسكنى وارتفاق

(١) اسماعيل غانم ، بند ٢٦ .

Planiol, Ripert et Boulanger, op. cit., T. I, No. 2726

وحكر • وتتطبق على هذا الشيوخ نفس الاحكام التى وضعها المشرع بالنسبة للشيوخ فى الملكية التامة كلما كانت لا تتعارض مع طبيعة الحق المتمثل فيها •

١١١ — وقد أورد المشرع المصرى أحكام الشيوخ تحت عنوان « الملكية الشائعة » كما نصت المادة ٨٢٥ منه على أنه « اذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً غير مفرزة حصة كل منهم فيه ، فهم شركاء على الشيوخ •• » مما يدل على أن حق الشريك فى الشيوخ هو حق ملكية • كذلك فقد نصت المادة ٨٢٤ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى على أن الشيوخ يتحقق « عندما يكون شىء أو حق ما ملكاً شائعاً ومشتركاً بين عدة أشخاص » مما يدل على أن المشرع اللبنانى كذلك يعتبر حق الشريك فى الشيوخ حق ملكية • ومع ذلك فإن تميز الشيوخ بوجود أكثر من حق ملكية واحد على شىء واحد فى نفس الوقت — خلافاً للوضع العادى للملكية — حيث لا يوجد على الشىء الواحد غير حق ملكية واحد فى وقت واحد — قد أثار وما يزال يثير الشك حول طبيعة حق الشريك على الشيوخ (١) •

وقد بدأ جانب من الفقه من هذه النقطة — وهى تعدد الحقوق على الشىء الواحد فى وقت واحد — فقالوا بأن حق الشريك المشتاع ليس له محل مادى معين ، ورتبوا على ذلك أن حق الشريك المشتاع ليس الا حقاً شخصياً قبل بقية الشركاء يخول له الحصول على نسبة معينة من مزايا الشىء (كالثلث أو الربع) ، واقتضاء تعيين نطاق مادى فى الشىء الشائع يقابل النسبة التى تكون له فى منافعه عن طريق القسمة ، حتى اذا ما قسم الشىء الشائع أصبح هناك محل مادى محدد يقابل النسبة المحددة للشريك وتحول حقه بذلك الى حق ملكية بالمعنى الدقيق (٢) •

(١) منصور مصطفى منصور ، بند ٥٢ •

(٢) انظر : حوسران فى بحث له عن الملكية الجماعية ، الكتاب الثانى للقانون المدنى الفرنسى ، ص ٣٧٢ (اثار اليه منصور مصطفى منصور فى المرجع السابق ، ص ١٢٨) •

ثم لاحظ بعض هذا الفقه أن الاختصار على القول بأن حق الشريك المشتاع حق شخصي يؤدي الى اعتبار الشيء الشائع كأنه لا مالك له أثناء قيام الشيوع ، وهي نتيجة غير مقبولة من الناحية المنطقية ، فاتجه الى القول بأن الملكية في حالة الشيوع هي ملكية مشتركة تكون لمجموع الشركاء المشتاعين ، باعتبار هذا المجموع وحدة قائمة بذاتها ومستقلة عن الشركاء كل منهم على حدة . على هذا النحو يكون للوحدة المتمثلة في مجموع الشركاء المشتاعين ملكية الشيء ويكون لكل شريك مجرد حق شخصي قبل هذه الوحدة (١) .

ولكن هذا التكييف لحق الشريك المشتاع لا يستجيب الى الواقع ولا يستقيم مع أحكام القانون الوضعي . فمن ناحية نجد أن للشريك المشتاع سلطات ترد مباشرة على الشيء الشائع ولا يمكن معها اعتبار حقه مجرد حق شخصي قبل بقية الشركاء أو قبل الوحدة المتمثلة فيهم . ومن ناحية أخرى لا يمكن القول بأن الملكية تثبت للوحدة المتمثلة في مجموع المشتاعين ، إذ الحقوق في القانون الوضعي الحديث لا تثبت الا للأشخاص ، ومن المسلم به أن هذه الوحدة لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية . وحتى اذا تصورنا أن القانون قد أضفى على هذه الوحدة الشخصية المعنوية فان معنى ذلك أن تتملك هذه الوحدة الشيء ملكية مفرزة خاصة على نحو ينتفى معه وضع الشيوع القائم على تعدد الملاك .

وقد بدأ جانب آخر من الفقه من التسليم بأن الشريك على الشيوع له سلطات مباشرة على الشيء الشائع ، هي نفس سلطات المالك ، ولكنه لاحظ أن مباشرة الشريك على الشيوع لهذه السلطات يختلف عن مباشرة المالك لها ، في أن الشريك على الشيوع يواجه بسلطات مماثلة لشركائه على نفس الشيء فيتقيد بها ، بعكس المالك الذي يستقل بالشيء المملوك فلا يزاحمه أحد في ممارسته لسلطاته . لذلك ذهب هذا الجانب من الفقه الى القول بأن حق

(١) انظر : فان بيرفلت ، دروس القانون المدني ، بند ٢٥٦ وما بعده (أشار عليه حسن كيرة في دروس الحقوق العينية الاصلية في القانون اللبناني ، ص ١٧٧) .

الشريك على الشيوع يعتبر حقا عينيا بالمعنى الدقيق ، ولكنه ليس حق ملكية وانما حق عينى من نوع خاص ^(١) .

ولكن القول بأن حق الشريك المشتاع حق عينى من نوع خاص لا يكفى لتعيين النظام القانونى للشيء الشائع . فمن المسلم أن السلطات المتصورة على الشيء ان اجتمعت لشخص معين كان حقه حق ملكية تامة وان اجتمع لشخص معين بعضها فقط دون البعض الاخر كان له حق ملكية ناقصة أو حق من الحقوق المتفرغة عن الملكية ، كما يجرى التعبير فى لغة الفقه . ولذلك لامناص من التسليم بأن الشيء يتحمل بحق ملكية بالضرورة حتى يتعين نظامه القانونى . ولما كان من غير الممكن — كما سبق القول — اسناد هذه الملكية للوحدة المتمثلة فى مجموع الشركاء ، فيلزم القول بأن حق كل شريك على الشيء الشائع هو حق ملكية بالمعنى الصحيح ^(٢) .

وليس فى اعتبار حق الشريك المشتاع حق ملكية بالمعنى الصحيح ما يخرج بفكرة الملكية عن طبيعتها . فاذا كانت الملكية — كما يقال — حقا استثنائيا مانعا ، فالمقصود بذلك أنه يمتنع على غير المالك الاستفادة من الشيء ، لا أن يمتنع على أحد ملاك الشيء أن يفيد منه فى حدود مضمون حقه . وواضح أن لكل شريك مشتاع الاستفادة من الشيء فى جميع منافعه ومظاهره فى حدود النسبة التى يملكها فى هذا الشيء . أما أخذ الاستثنائى فى الملكية بمعنى عدم تصور المشاركة فى الانتفاع بالشيء ولو بناء على حق يحميه القانون ، فإنه يعتبر من بقايا النظرة الفردية الخالصة للملكية التى لم يعد لها محل فى القانون الوضعى أو فى التصوير النظرى لحق الملكية .

١١٢ — واذا كان حق الشريك المشتاع على هذا النحو حق ملكية ، فهل يختلف هذا الحق عن حق الملكية فى صورته المفردة ؟ تذهب النظرية التقليدية

(١) فى هذا المعنى : Marty et Raynaud, op. cit., No. 59.

Ionasco, La copropriété d'un bien, Paris, 1930, p. 278;

(٢) من هذا الراى فى فرنسا :

Planiol, Ripert et Boulanger, Traité de droit civil, T. II, No. 2271

المستمدة من القانون الرومانى الى تصوير حق الشريك على الشيوع تصويرا يجعله مستقلا عن حقوق الشركاء الآخرين على نحو يبدو معه غير مختلف عن حق الملكية المفردة . ففى اتجاه أول لهذه النظرية ، يعتبر حق الشريك المشتاع حقا فى « حصة معنوية » من الشئ الشائع تمثل نصيبه فى كل ذرة من ذراته ، على نحو يبدو معه للشئ وجود معنوى غير ملموس يمكن تقسيمه بين الشركاء وتبدو الحصة المعنوية لكل منهم فيه منفصلة عن حصص الشركاء الآخرين . فمحل حق ملكية الشريك المشتاع هو الحصة المعنوية التى يتصور انفصالها عن حصص الشركاء الآخرين وليس هو الوجود المادى للشئ ، ذلك الوجود الذى يتحدد لكل شريك جزء فيه (١) .

وفى اتجاه آخر لهذه النظرية ، يعتبر حق كل شريك من الشركاء منفصلا عن حقوق الشركاء الآخرين ، ولكن ليس على أساس تصور انقسام الشئ محل الملكية بين الشركاء فى وجوده المادى أو المعنوى وانما على أساس انقسام حق الملكية الوارد على الشئ ذاته فيما بين الشركاء (٢) .

ولكن هذه النظرية بشقيها لا يمكن التسليم بها . فلا يمكن القول بأن محل ملكية الشريك المشتاع هو الحصة المعنوية ، اذ أن محل الملكية يجب أن يتمثل فى كيان ذاتى مستقل يسمح باعتباره شيئا معينا بالذات ، فضلا عن أن هذا القول يعود بنا الى التساؤل عن مالك الشئ فى كيانه المادى . ولا يمكن القول بانقسام حق الملكية ذاته الى أجزاء كل منها يعتبر حق ملكية عادى ،

(١) كان الفقهاء الرومان يعتبرون أن لكل شريك جزءا فى كل ذرة من ذرات الشئ الشائع .

(٢) انظر فى ذلك : اسماعيل غانم ، بند ٨٦ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٥٣ .

لان التسليم بذلك يفترض بالضرورة تمييز محل كل حق عن محال الحقوق
الآخري (١) .

لذلك فالنظرية الحديثة تسلم بتمييز حق ملكية الشريك على الشيوع عن
حق الملكية المفترزة ، وان كانت هي الآخري تختلف في تقدير مدى هذا
التمييز .

ففي تصوير أول لهذه النظرية ، يرد حق الشريك المشتاع على الشيء
الشائع كله ، مثله في ذلك مثل المالك ملكية مفترزة ، ولكن سلطات كل شريك
على الشيء تحد منها سلطات الشركاء الآخرين على نفس الشيء ، وهذا هو
وجه الخلاف الوحيد بين ملكية الشريك المشتاع وبين ملكية المالك ملكية
مفترزة ، وهو خلاف لا يطعن في أن حق الشريك المشتاع حق ملكية تام من
حيث المبدأ (٢) .

وفي تصوير آخر لهذه النظرية ، لا يقتصر الخلاف بين حق الشريك
المشتاع وبين حق المالك ملكية مفترزة ، على أن الأول مقيد في مباشرته لحقه
بحقوق الشركاء الآخرين ، وانما يتعدى الخلاف ذلك الى أصل الحق .
فمضمون حق الشريك المشتاع أضيق من مضمون الملكية المفترزة ، اذ أنه
لا يخول صاحبه الا نسبة معينة من مزايا الشيء (كالنصف أو الثلث) ،

(١) منصور مصطفى منصور ، الموضع السابق .

(٢) في هذا المعنى : Boyer, La notion de transaction. 1947, p. 409.

وقارب : حسن كيرة ، الحقوق العينية الأصلية ، بند ١٠٤ ، وبحثه في
تصرف الشريك المشتاع في جزء مقرر من الشيء الشائع ، مجلة كلية الحقوق ،
جامعة الاسكندرية سنة ١٩٦٣/٦٢ ، بند ٤ ، اسماعيل غانم ، بند ٨٦ ،
السنهوري ، بند ٤٨٦ .

بعكس حق المالك ملكية مفرزة ، فهو يخوله كل مزايا الشيء . لذلك يذهب هذا التصوير الى أنه اذا كانت وحدة السلطات التي يخولها كل من الحقين تبرر الاعتراف لهما بوصف الملكية ، فان اختلاف مدى هذه السلطات يبرر الفصل بينهما كتوعين متميزين من أنواع الملكية (١) .

على هذا النحو ، يخلص هذا الرأي الاخير الى أن الشيوع أو تعدد الملاك لا يمنع من اعتبار حق كل مالك حق ملكية بالمعنى الدقيق ، وأن كان هذا الحق يعتبر حقاً موصوفاً . ومقتضى هذا الوصف أن حق كل مالك معرض منذ نشأته ودون توقف على ارادة صاحبه ، أن يتحول بالقسمة الى حق آخر هو حق ملكية مفرزة . وبناء على ذلك يكون لكل مالك في الشيوع حق ملكية مفرزة احتمالي على أى جزء من أجزاء الشيء الشائع منذ نشأة حقه (٢) .

(١) منصور مصطفى منصور ، بند ٥٤ ، وبحثه في « تحليل أثر قسمة الاموال الشائعة ، وحماية كل شريك من تصرفات غيره » مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، السنة السادسة ، ص ١٠٤ ، ١٠٥ .

(٢) منصور مصطفى منصور ، بند ٥٥ ، وبحثه السابق ، بند ١٩ .

الفصل الثانى

الشيوع العادى

١١٣ — الملكية الشائعة منتشرة فى العمل • وهى تتوافر فى الغالب نتيجة الميراث • فاذا توفى الشخص أصبحت ملكيته ملكية لورثته على الشيوع كل بنسبة حصته فى التركة • وكثيرا ما يستبقى الورثة هذا الوضع فلا يقتسمون التركة أجزاء مفرزة بينهم حتى وفاتهم فيحل محلهم ورثتهم وهكذا أجيالا متعاقبة يتزايد فيها عدد الملاك وتقل حصة كل منهم • على أن الملكية الشائعة يمكن أن تتوافر بصفة عامة — كما سوف نراه — اذا ما تعلق أى سبب آخر من أسباب كسب الملكية ، كالحيازة أو الالتصاق أو التصرف القانونى ، بأكثر من شخص واحد •

ولم يتعرض القانون الفرنسى والمصرى القديم للشيوع الا بقصد انهاءه عن طريق القسمة على اعتبار أنه وضع مؤقت غير مرغوب فيه ، دون أن يعنى بتنظيم الملكية الشائعة فى ذاتها من حيث ممارسة سلطاتها المختلفة • ولعل ذلك يرجع الى التصوير الفردى للحقوق بصفة عامة وللملكية بصفة خاصة ، الذى كان مسيطرا على واضعى القانون الفرنسى ومن بعده القانون المصرى القديم • فمقتضى هذا التصوير أن يكون للمالك وحده مباشرة السلطات المختلفة التى يخولها له حقه ، بحيث يجب اتفاق الملاك جميعا لمباشرة هذه السلطات اذا ما تعدد ملاك الشيء ، مما لا تبدو معه الحاجة — لاول وهلة — الى تنظيم خاص •

ولكن التطبيق العملى لهذا التصوير لم يلبث أن كشف عن قصوره • فقد بدا من العسير فى كثير من الحالات اتفاق ملاك الشئ جميعا بشأن ممارسة سلطات الملكية ، مما يترتب عليه فى الغالب تعطيل الاستفادة من الشئ الشائع الى حد بعيد • لذلك فقد عمل القضاء الفرنسى والمصرى جاهدا على سد هذا النقص •

وقد صدر قانون الملكية العقارية فى لبنان متضمنا عدة نصوص قليلة عن الشيوع فى العقارات فى الفصل الثالث من الباب الثانى منه تحت عنوان « فى الشيوع بالحقوق العينية » لا تبدو أنها تقدمت كثيرا فى تنظيم الشيوع عن الوضع فى التقنين الفرنسى وفى التقنين المصرى القديم • ولكن لم يلبث أن صدر بعد ذلك قانون الموجبات والعقود ضمن الكتاب التاسع من القسم الثانى منه الخاص بالشركات تنظيما للملكية الشائعة فى المواد ٨٢٤ — ٨٤٣ تحت عنوان « شركة الملك أو شبه الشركة » بجانب النصوص التى خصصها للقسمة فى المواد ٩٤١ — ٩٤٩ • وقد حققت هذه النصوص تقدما ملموسا فى تنظيم الشيوع على نصوص قانون الملكية العقارى •

وقد أثار تعاقب قانون الملكية العقارية وقانون الموجبات التساؤل حول ما اذا كانت نصوص قانون الملكية العقارية الخاصة بالشيوع ما زالت قائمة بالنسبة للشيوع العقارى أو ما اذا كانت قد ألغيت بنصوص قانون الموجبات والعقود التى أعادت تنظيم الشيوع من جديد • فالرأى الغالب يذهب الى نسخ نصوص قانون الملكية العقارية بصور قانون الموجبات والعقود ^(١) • ذلك أن قانون الموجبات والعقود ، على الرغم من أنه لم يلغ النصوص

(١) زهدى يكن ، المرجع السابق ، ج ١ ، بند ١٦ ، جان باز ، المرجع السابق ، ص ٦٢ •

المتعلقة بالشيوع في قانون الملكية العقارية الا أنه أعاد تنظيم موضوع الشيوع من جديد مما يعتبر طريقاً من طرق الالغاء الضمنى وفقاً للقواعد العامة ، يترتب عليه اعتبار التنظيم القديم منسوخاً جملة وتفصيلاً ولو انتفى التعارض بين بعض نصوصه ونصوص التنظيم الجديد (١) . ولا يقال في الرد على ذلك ان نصوص قانون الملكية العقارية خاصة بالشيوع العقاري بينما نصوص قانون الموجبات خاصة بالشيوع في المنقول ، اذ أن هذه الأخيرة تنطبق على كل من المنقول والعقار . وليس أدل على ذلك من أن المادة ٨٣٨ منها تعطي الشركاء حق الاخذ بالشفقة اذا باع أحدهم حقه الشائع لاجنبى والشفقة لا تكون الا في العقار ، وأن المادة ٩٤٢ بعد تعديلها بقانون ٢١ كانون الاول سنة ١٩٥٤ الخاصة بالقسمة تعرض صراحة لقسمة العقار .

ومع ذلك فيذهب رأى آخر الى أن أحكام الشيوع في قانون الموجبات لم تلغ أحكام الشيوع في قانون الملكية العقارية ، اذ أن الاول قد صدر عن السلطة التشريعية اللبنانية بينما الثانى كان صادراً عن المندوب السامى وأن السلطة التشريعية اللبنانية لم تكن تملك الغاء نص تشريعى صادر عن المفوض السامى (٢) . ومع ذلك فهذا الرأى مردود بأن السلطة التشريعية كان يمارسها كل من المشرع اللبنانى والمفوض السامى بحيث كان كل منهما يملك الغاء التشريع الصادر من الآخر (٣) .

ومع ذلك فيبدو أن محكمة التمييز من هذا الرأى الاخير ، اذ قضت بأن

(١) حسن كيره ، دروس في الحقوق العينية الاصلية ، ص ١٧٤ .

(٢) Bichara Tabbah, T.I. op. cit., p. 211

(٣) جان باز ، المرجع السابق في الموضوع السابق .

المادة ٨٣٥ من قانون الموجبات والعقود لم تلغ المادة ٢٠ من قانون الملكية العقارية مما يجب معه التوفيق بين النصين ^(١) .

ويلاحظ على أى حال أن تنظيم المشرع اللبناني للشيوع فى قانون الموجبات والعقود فى الموضع المخصص للعقود غير موفق ، اذ أن الشيوع لا ينشأ دائما عن العقد وليس العقد كذلك هو السبيل الوحيد لفضه بطريق القسمة .

ويلاحظ أن القانون المدنى المصرى الجديد قد جاء فى وقت كان فيه تصوير الملكية قد تغير وأصبح من المسلم أن لحق الملكية وظيفة اجتماعية وأن سلطات الملكية يجب ممارستها فى ضوء هذه الوظيفة ، فوضع تنظيما للملكية الشائعة تخطى به المرحلة التى وصل اليها قانون الموجبات البنانى بجعله لارادة الاغلبية دورا رئيسيا فى ممارسة سلطات الملكية الواردة على الشئ الشائع بالرغم مما يكون فى ذلك من تعد على سلطات كل مالك على انفراد ، وخفف بذلك من الاثار الضارة التى تترتب على تعدد الملاك مع وحدة الشئ المملوك .

ودراسة الشيوع فى صورته العادية تقتضى — على هذا النحو — بيان أحكامه قبل دراسة القسمة كطريق لتحويل الملكية الشائعة الى ملكية مفرزة .

المبحث الاول : أحكام الشيوع .

المبحث الثانى : القسمة .

(١) تمييز شباط سنة ١٩٦٣ ، مجموعة باز ١٩٦٣ ، ص ٢١٩ .

المبحث الاول

احكام الشيوخ

١١٤ — انتهينا فيما سبق الى أن حق كل شريك على الشيء الشائع هو حق ملكية بالمعنى الدقيق يرد على الشيء الشائع كله كالملكية المفردة ، وان كان هذا الحق يتميز عن الملكية المفردة في أنه لا يخول صاحبه الا نسبة معينة من مزايا الشيء وفي أنه حق معرض منذ البداية الى أن يستبدل به حق ملكية مفردة ترد على جزء من الشيء الشائع . وهذه الطبيعة الخاصة المزدوجة لحق الشريك المشتاع تنعكس بالضرورة على أحكامه ، فيظهر أثرها في حكم ما يجريه الشركاء من أعمال على الشيء الشائع سواء فيما يتعلق بحكمها قبل القسمة أو بعدها .

وسوف نعرض لاحكام الشيوخ في مطلبين ، نتناول في الاول منهما الانتفاع بالشيء الشائع ، ونتناول في الاخر التصرف فيه .

المطلب الاول : الانتفاع بالشيء الشائع .

المطلب الثانى : التصرف فى الشيء الشائع .

المطلب الاول

الانتفاع بالشيء الشائع

١١٥ — لا شك أن الوضع الامثل للانتفاع بالشيء الشائع هو أن تتم الاعمال اللازمة له باجماع الشركاء ، ولكن تعذر الوصول الى هذا الوضع

الامثل قد جعل المشرع يخول أغلبية الشركاء سلطات معينة بقصد تسهيل هذا الانتفاع . ومع ذلك فان التساؤل يظل قائما حول حكم أعمال الانتفاع التي يقوم بها أحد الشركاء منفردا أو يقوم بها عدد من الشركاء لا تتوافر فيه الاغلبية التي يتطلبها القانون .

١ - الانتفاع الجماعى

أعمال الانتفاع الصادرة من الشركاء مجتمعين :

١١٦ - للشركاء مجتمعين السلطة المطلقة فى ادارة الشئء الشائع وتوجيه الانتفاع به ، ويكون ما يأتون من أعمال ملزما لكل منهم حتى بعد قسمة الشئء الشائع .

ويترتب على السلطان المطلق للشركاء مجتمعين فى ادارة الشئء الشائع أنه اذا قام الشركاء مجتمعين بتأجير جزء منه ، ثم وقع هذا الجزء فى نصيب أحدهم بالقسمة ، ظل هذا الايجار ملزما لهذا الشريك . واذا قام هؤلاء الشركاء بتعيين مدير من بينهم يتولى ادارة الشئء نيابة عنهم ، تكون أعمال هذا المدير ملزمة لهم . وقد يستخلص اتفاق الشركاء على تعيين مثل هذا المدير ضمنا ، كما اذا تولى أحد الشركاء الادارة دون اعتراض من الآخرين (مادة ٨٢٨/٣ مدنى مصرى) ^(١) . واذا قام الشركاء مجتمعين بوضع نظام معين لادارة الشئء الشائع ولحسن الانتفاع به كان هذا النظام ملزما

(١) يلاحظ البعض (منصور مصطفى منصور ، هامش ١ ص ١٣٤) أن اعتبار الشريك الذى ينفرد بعمل من أعمال الادارة وكىلا عن الباقيين بحكم المادة ٨٢٨/٣ مصرى قاصر على أعمال الادارة المعتادة ، كالتأجير ، لان هذه الاعمال هى وحدها التى عرض لها المشرع فى المادة ٨٢٨/٣ . أما أعمال الادارة غير المعتادة فقد عرض لها المشرع المصرى فى المادة ٨٢٩ ولم يضع بالنسبة لها حكما مماثلا لحكم المادة ٨٢٨/٣ .

لخلفائهم جميعا طالما ظلت حالة الشيوع باقية (م ٨٢٨ من القانون المدنى المصرى التى تخول هذه السلطة للاغلبية) •

١١٧ — ويترتب على سلطان جميع الشركاء المطلق فى توجيه الانتفاع بالشئ الشائع امكان قسمته لا قسمة نهائية ترد على الملكية وتفض الشيوع ، وانما قسمة مؤقتة ترد على منافعة اثناء قيام الشيوع ، وهو ما يعرف بقسمة المناوبة أو المهايأة •

وقسمة المناوبة أو المهايأة قد تكون قسمة مكانية بأن يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز من الشئ الشائع يوازى حصته فيه ، متنازلا لشركائه فى مقابل ذلك عن الانتفاع بباقى الاجزاء ، على ما تنص عليه المادة ٨٤٦/١ من القانون المدنى المصرى • وقد راعى المشرع المصرى التنسيق بين الحد الاقصى لمدة قسمة المهايأة المكانية وبين المدة التى لا يجوز الاتفاق مقدما على البقاء فى الشيوع لاكثر منها وهى خمس سنوات ، فنص فى المادة ٨٤٦/٢ على أنه : « لا يصح هذا الاتفاق (على قسمة المهايأة المكانية) لمدة تزيد على خمس سنين • فاذا لم يشترط لها مدة أو أنتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد ، كانت مدتها سنة واحدة تتجدد اذا لم يعلن الشريك الى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب فى التجديد » • وقد نص المشرع اللبنانى على حد أقصى خمس سنوات للاتفاق على البقاء فى الشيوع ولكنه لم ينص على حد أقصى للاتفاق على قسمة المناوبة أو المهايأة المكانية • ومع ذلك فلنطبق يقتضى اجراء حكم الاتفاق على البقاء فى الشيوع على الاتفاق على قسمة المناوبة أو المهايأة المكانية •

وقد تكون قسمة المناوبة أو المهايأة قسمة زمانية بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع الشئ الشائع كل منهم لمدة تتناسب مع حقه الشائع فيه على نحو ما تنص عليه المادة ٨٣٠ من قانون الموجبات اللبنانى والمادة ٨٤٧ من القانون المدنى المصرى •

ولما كانت قسمة المهايأة بنوعيتها لا يترتب عليها فض الشئوع ،
وانما مجرد تنظيم الانتفاع بالشئ الشائع ، فهي لا تخضع لاحكام القسمة
النهائية .

ولذلك فكل شريك في المهايأة له القيام بكل أعمال الانتفاع بالجزء
المخصص له ، أو بالشئ الشائع كله في المدة المخصصة له ، ولكنه لا يملك
القيام على هذا الجزء أو على الشئ كله بما يمس حقوق الشركاء في الانتفاع
بالشئ الشائع بعد انتهاء مدة المهايأة المكانية أو خلال مدة نوبتهم في
قسمة المهايأة الزمانية ، ولا يملك كذلك القيام بأى عمل يمس حقوق الشركاء
في أصل ملكية الشئ الشائع . وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٨٣٠ من
قانون الموجبات اللبنانية .

والواقع أن كل شريك في انتفاعه بالجزء الذى اختص به في القسمة
المكانية يكون في مركز قريب من مركز المستأجر وشركاؤه في مركز قريب من
مركز المؤجر . لذلك نصت المادة ٨٤٨ من التقنين المدنى المصرى صراحة
على اخضاع قسمة المهايأة لاحكام الايجار « من حيث جواز الاحتجاج بها
على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق
الاثبات » (١) .

(١) لا يمكن اعتبار الشريك في قسمة المهايأة مستأجرا بالمعنى الدقيق الا اذا
سلمنا بإمكان انقسام محل الحق الشائع على النحو الذى كان يأخذ به فقهاء
الرومان ومن بعدهم النظرية التقليدية ، اذ في هذا التصوير وحده يمكن اعتبار
الشريك مستأجرا لنصيب شركائه في ذرات الجزء الذى يختص به في قسمة
المهايأة المكانية أو في كل ذرات الشئ في قسمة المهايأة الزمانية . اما اذا
سلمنا بأن محل الحق الشائع هو كل الشئ الشائع فلا يمكن اعتبار قسمة
المهايأة بنوعيتها من قبيل الايجار بالنسبة لكل شريك قبل شركائه . ولذلك قلنا
ان الشريك يعتبر في مركز قريب أو مشابه من مركز المؤجر ، وشركائه في مركز
قريب من مركز المستأجر من حيث قابلية كثير من قواعد الايجار للتطبيق على
هذا المركز .

اعمال الانتفاع الصادرة من أغلبية الشركاء :

١١٨ - إذا كان لمجموع الشركاء السلطة المطلقة في إدارة الشيء الشائع وتوجيه الانتفاع به ، فإنه يصعب اتفاق الشركاء جميعا على قرار معين فيما يتعلق بهذه الإدارة أو الانتفاع ، اذ يكفي أن يعترض أحدهم حتى يمنع الوصول الى قرار معين في هذا الشأن ، مما يترتب عليه تعطيل إدارة الشيء الشائع والانتفاع به . لذلك فقد عني قانون

= وتطبيقا لحكم المادة ٨٤٨ من القانون المدني الواردة في المتن اذا تصرف أحد الشركاء في حقه الشائع بعد قسمة المهايأة تكون هذه القسمة منتجة لأثرها في حقه ، باعتباره خلفا خاصا للشريك المتصرف ، اذا توافرت شروط المادة ٦٠٤ من القانون المدني . وبذلك يلتزم المتصرف اليه بالقسمة اذا كانت سابقة على نشأة حقه ولو لم يكن يعلم بها وقت ترتبه . ولكنها لا تكون نافذة في حقه الا اذا كانت ثابتة التاريخ قبل ترتب حقه تطبيقا للمادة ١/٦٠٤ . ويجوز للمتصرف اليه أن يتمسك بهذه القسمة ولو لم تكن نافذة في حقه نتيجة لعدم ثبوت تاريخها قبل ترتيب حقه (م ٢/٦٠٤) .

اما الاهلية اللازمة لصحة القسمة فهي اهلية التاجر والاستثمار وما يلحق بها من أحكام الولاية ، على التفصيل الذي نعرفه

(راجع مذكراتنا في التنظيم القانوني للإيجار السابق الإشارة اليها) .

وأما حقوق المتقاسمين والتزاماتهم فهي نفس الحقوق والالتزامات المترتبة على الإيجار . وبذلك تكون الترميمات الضرورية على الشركاء مجتمعين وتكون الترميمات التأجيرية على الشريك وحده (م ٥٦٧ و ٥٨٢) . ويلتزم جميع الشركاء قبل الشريك الذي اختص بجزء معين أو بالشيء كله مدة معينة ، بالتسليم والضمان ، كما يلتزم هذا الشريك قبلهم باستعمال العين فيما أعدت له وبعدم التغيير فيها والمحافظة عليها وبردها عند انتهاء مدة القسمة . ولكن لا محل بالطبع لتطبيق أحكام الالتزام بدفع الأجرة .

وأما فيما يتعلق باثبات القسمة فهي تخضع كالأيجار للقواعد العامة . غير أنه يلاحظ أن قانون الإصلاح الزراعي يضع نظاما خاصا لاثبات إيجار الأراضي الزراعية فيستلزم الاثبات الكتابي وييسر لطرفي الإيجار الحصول على هذا الاثبات عن طريق لجنة الفصل في المنازعات الزراعية عند رفض أحد =

الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني المصري الجديد بتنظيم ادارة الشئ الشائع اذا تعذر الوصول الى اتفاق الشركاء ، فجعل لاغليبتهم الحق فى القيام بأعمال الادارة ، وجعل قرار الاغلبية نافذا فى حق جميع الشركاء سواء قبل القسمة أو بعدها .

والمقصود بالاغلبية فى كلا القانونين ، أغلبية الانصبه لا أغلبية عدد الشركاء . فاذا توافرت أغلبية الانصبه لاحد الشركاء كان له وحده أن يقوم بادارة الشئ الشائع .

غير أن القانون اللبناني لم يأخذ بقاعدة الاغلبية الا بصدد أعمال الادارة العادية وحدها . أما القانون المصرى فقد مد هذه القاعدة الى أعمال الادارة غير العادية كذلك .

١١٩ — ففى أعمال الادارة المعتادة ، وهى التى لا تقتضى تغييرا جوهريا فى الشئ الشائع أو فى وجه الانتفاع المخصص له ، يكتفى القانون اللبناني والقانون المصرى بالاغلبية دون تطلب الاجماع غير أن القانونين المذكورين يختلفان فى تحديد الاغلبية الواجبة . فالقانون اللبناني يشترط أغليبتة ثلاثة أرباع الانصباء (م ٨٣٥ / ١ موجبات)

= الطرفين التوقيع على العقد أو تحريره ، ويجعل جزاء الاهمال فى الالتجاء الى هذا الطريق عدم قبول الدعوى أمام أية جهة كانت . ويقرر البعض (منصور مصطفى منصور ، بند ٥٧ ، هـ ١ ، ص ١٣٨ ، قارب اسماعيل غانم ، بند ٧١) خضوع قسمة المهايأة فى الاراضى الزراعية لهذا الحكم ، بينما يرى البعض (حسن كيرة ، الحقوق العينية الاهلية ص ٣٢٨ بالهامش ، السنهورى هـ ٢ ، ص ٨٢٢) أن الحكمة منه ، وهى حماية المستأجر من استغلال المؤجر ، لا تتوافر فى هذه الحالة ، ومن ثم فلا يجب تطبيقه ويتعين تطبيق القواعد العامة فى الاثبات ، خاصة وأن المشرع قد نص صراحة فى المادة ٨٤٨ من القانون المدنى على أن « احكام عقد الايجار لا تطبق على قسمة المهايأة الا اذا كانت لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة » .

بينما يكتفى القانون المصرى بالاغلبية العادية (م ١/٨٢٨ مدنى مصرى) .
وواضح أن استلزام أغلبية ثلاثة أرباع الانصباء فى القانون اللبنانى
ليس له ما يبرره فى شأن أعمال عادية يومية كأعمال الادارة المعتادة^(١) .

وكما يكون لهذه الاغلبية أو تلك القيام بأعمال الادارة العادية ،
كالتأجير ، بنفسها ، فانه يكون لها أن تختار مديرا من بين الشركاء للقيام
بها وتكون أعماله نافذة فى حقهم جميعا حتى بعد القسمة ،
ويكون لها أن تضع للادارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاما
يسرى حتى على خلفاء الشركاء سواء كان الخلف عاما أو كان خاصا
(م ٢/٢٨٢٨ مدنى مصرى)^(٢) .

وفى هذه الحالة ألزم القانون الاقلية بالخضوع لقرار الاغلبية بصفة
مطلقة فلم يجعل لها حق الطعن فيه ، اللهم الا اذا توافرت شروط التعسف
فى استعمال الحق طبقا للقواعد العامة .

فاذا لم يمكن التوصل الى قرار من الاغلبية ، كان لاي من الشركاء ،
منعا لتعطيل الانتفاع بالشئ الشائع ، أن يطلب من المحكمة أن تتخذ
من التدابير ما تقتضيه الضرورة (م ٢/٨٣٥ موجبات — م ١/٨٢٨ مدنى
مصرى) ، كأن تأمر بتأجير الشئ ، أو تأذن لهذا الشريك بالانفاق على الارض
الى أن يتم نضج المحصول ، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال

(١) فى هذا المعنى : حسن كيره ، دروس فى الحقوق العينية الاصلية ،
ص ١٨٢ .

(٢) ولكن من البديهي أن هذا النظام يمكن تعديله أو الغاؤه بنفس الاغلبية ،
وليس من الضرورى أن تكون هى نفس الاغلبية التى قامت بوضع النظام
(السنهورى ، بند ٤٩٧) .

الشائع • ويخول المشرع اللبناني للمحكمة — فوق ذلك — الامر بالقسمة (م ٨٣٥ / موجبات) ومقتضى ذلك أن للمحكمة أن تأمر بالقسمة من تلقاء نفسها اذا رأت ذلك في مصلحة الشركاء ولو لم يطلبها أحدهم عند رفعه الامر اليها •

ويلاحظ أنه اذا توافرت الاغلبية المطلوبة في شخص واحد كما اذا كان يملك ثلاثة أرباع الشيء الشائع في القانون اللبناني أو أكبر قليلا من نصفه في القانون المصري فانه يستطيع القيام بالادارة العادية وحده • وقد حكمت محكمة التمييز في لبنان بأن يكون للشريك في هذه الحالة أن ينتفع بالشيء الشائع بنفسه ، كما اذا كان منزلا فسكنه ، نظير دفع حصة شركائه في الايجار ^(١) •

١٢٠ — وفي أعمال الادارة غير المعتادة وهي أعمال الادارة التي تمس الملكية مباشرة ، كايجار طويل المدة ^(٢) أو التي تتضمن تعديلا جوهريا في الشيء أو في الانتفاع المعد له — وذلك كالبناء في الارض ، أو اعادة بناء المنزل لجعله أصلح للاستثمار ، أو تحويل مطعم الى مقهى — اختلف موقف القانون اللبناني والمصري •

فالقانون اللبناني لا يترك للاغلبية أى سلطة في القيام بأعمال الادارة غير العادية ويتطلب الاجماع بشأنها بدعوى خطورتها • وقد نصت على ذلك المادة ٨٣٦ من قانون الموجبات بقولها « لا تجبر الاقلية على قبول قرارات الغالبية اذا كانت تختص : أولا — ... بالاعمال

(١) تمييز ٢٨ كانون الثاني ١٩٥٥ ، مجموعة باز ، ١٩٥٥ ، ص ١٢٠ •
(٢) ايجار يجاوز ثلاث سنوات في القانون اللبناني •

الادارية •• اذا كانت تمس الملكية مباشرة • ثانيا — بتعديلات جديدة فى عقد الشركة أو الشئ المشترك • ثالثا — بعقد موجبات جديدة • ففى الاحوال المتقدم ذكرها ، يجب أن يتغلب رأى المعارضين » •

أما القانون المصرى فقد اكتفى بقاعدة الاغلبية فى شأن أعمال الادارة غير العادية ولكنه استلزم أغلبية ثلاثة أرباع الانصبه • وقد نصت المادة ١/٨٢٩ على ذلك بقولها « للشركاء الذين يملكون على الاقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا فى سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الاساسية والتعديل فى الغرض الذى أعد له ما يخرج عن حدود الادارة المعتادة •• »

وقد جعلت هذه المادة على الشركاء الذين توافرت منهم الاغلبية المطلوبة « أن يعلنوا قراراتهم الى باقى الشركاء » وجعلت لمن خالف من الشركاء « الرجوع الى المحكمة خلال شهرين من وقت الاعلان » • وقد بينت المادة ١/٨٤٩ سلطات المحكمة فى هذه الحالة ، فجعلت لها أن تلغى قرار الاغلبية أن لم تجد مبررا له ، وجعلت لها ، ان رأت الموافقة عليه ، أن تتخذ ما تراه مناسبا من التدابير ، كأن تشترط تنفيذه على نحو معين ، أو « أن تأمر باعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات » •

هذا ويلاحظ أن قسمة المناوبة أو المهايأة بنوعيهما تخرج عن حدود سلطة الاغلبية ، اذ يلزم لها اجماع كل الشركاء ، على نحو ما سبق أن رأيناه ، باعتبار أنها لا تتضمن مجرد ادارة الشئ الشائع وانما تتعدى ذلك الى قسمة منافعه •

٢ - الانتفاع الفردي

١٢١ - لما كان حق الشريك المشتاع يرد على الشيء الشائع كله وأن كان لا يخول الا نسبة معينة من منافعه ، فان لكل شريك استعمال الشيء كله والحصول على ثماره في حدود النسبة المخولة له من منافعه . ولكن سلطات الشريك في هذا الشأن مقيدة بسلطات الشركاء الآخرين المماثلة والتي ترد على الشيء كله أيضا وتخول أصحابها نسبة معينة من منافعه . وفي هذا الشأن تنص المادة ٨٢٦ من قانون الموجبات اللبناني على أن « كل شريك يمكنه أن يستعمل الشيء المشترك على نسبة ماله من الحق بشرط أن لا يستعمله على وجه يخالف ماهية ذلك الشيء أو الغاية المعد لها ، أو يناقض مصلحة الشركة ، أو على وجه يحول دون استعمال الشركاء الآخرين لحقوقهم » كما تنص المادة ٨٢٦/١ من التقنين المدني المصري على أن « كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما ، وله أن . . يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء » (١) .

ويترتب على ذلك أن تقتصر الاعمال التي يمكن للشريك أن يقوم بها على الشيء منفردا على الاعمال التي تتفق وما أعد له الشيء ، ويمكن

(١) تأثر المشرع في صياغته لهذا النص بالنظرية التقليدية في طبيعة حق الشريك المشتاع ، تلك النظرية التي ترى أن محله يتمثل في حصة معنوية في الشيء . وقد سبق أن رأينا أن محل هذا الحق هو الشيء المادي كله (انظر ما تقدم ص ٢١١) . لذلك يجب أن يفهم لفظ الحصة في النص بمعنى « الحق الشائع » بحيث يكون المقصود منه تقرير أن الحق الشائع الذي لكل شريك يعتبر حق ملكية ، له أن يستأثر به وأن يتصرف فيه ، كما أن له أن يتمتع بثمار الشيء محل هذا الحق وأن يستثمره بحيث لا يلحق الضرر بحقوق الشركاء الآخرين .

(في هذا المعنى : منصور مصطفى منصور ، هـ ١ ص ١٤٣) .

للشركاء جميعا القيام بها في نفس الوقت دون أن يترتب على قيام أحدهم بها منع الباقيين منها . لذلك يكون لكل شريك أن يقوم بمفرده بالاعمال اللازمة لحفظ الشيء ، سواء كانت أعمالا مادية ، كاجراء الترميم وجنى الثمار ، أو كانت أعمالا قانونية ، كالوفاء بدين الدائن المرتهن للشيء الشائع منعاً للتنفيذ عليه ، والوفاء بالضرائب المفروضة عليه ، ورفع دعاوى الحيازة على من يعتدى عليه ، وقطع التقادم المكسب للمكيته . وقد نصت المادة ٨٣٠ من التقنين المدني المصري على ذلك بقولها « لكل شريك في الشيوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء ، ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء » ، كما جعلت منه المادة ٨٣١ من قانون الموجبات التزاما على الشريك بقولها « يجب على كل شريك أن يسهر على صيانة الشيء المشترك كما يسهر على اشيائه الخاصة » .

ونتيجة لذلك يجوز للشريك الذي قام بهذه الاعمال الرجوع على شركائه بنفقاتها . وقد نصت المادة ٨٣٢ من قانون الموجبات على أنه « يحق لكل شريك أن يجبر بقية الشركاء على تقديم ما يناسب حصصهم من النفقات الضرورية لصيانة الشيء المشترك وابقائه صالحا للاستعمال الذي أعده له » . غير أن المادة المذكورة قد خولت الشريك المدين أن يترك للشريك الدائن الانتفاع بالشيء الشائع الى أن يستوفي ما دفعه لحسابه (م ٨٣٢ / ٣ ثانيا) . كذلك خولت هذه المادة للشريك المدين التخلص من الالتزام الواقع عليه اما بطلب القسمة اذا كانت مستطاعة (م ٨٣٢ / ٢ ثالثا) واما ببيع حصته ، مع الاحتفاظ بحق الاولوية في الاخذ بالشفعة للشريك الذي قام بالنفقة أو عرض أن يقوم بها (م ٨٣٢ / ٢ أولا) .

ولكن يصح التساؤل في هذا الصدد عن أساس رجوع الشريك على شركائه بنصيب كل منهم فيما ينفقه في أعمال الصيانة والحفظ . وتذهب

المذكرة الايضاحية للقانون المدنى المصرى ^(١) يؤيدها بعض الشراح ^(٢) الى أن الاساس هو الفضالة اذا لم يوافق الشركاء الآخرون على عمل الشريك . ولما كان يشترط لأعمال قواعد الفضالة ألا يكون صاحب العمل قد أعترض على عمل الفضولى فقد قصر البعض ^(٣) أعمال هذه القواعد على حالة ما اذا تمت أعمال الحفظ دون علم سائر الشركاء ، أما اذا اعترض باقى الشركاء وقام الشريك بأعمال الحفظ بالرغم من اعتراضهم ، فانه يرجع عليهم بدعوى الاثراء .

وذهب أكثر الشراح الى أن الشريك يعتبر نائباً قانونياً عن باقى الشركاء ^(٤) . وقد أخذ على هذا الرأى أنه يضيق عن تفسير الحالات التى تكون فيها أعمال الحفظ أعمالاً مادية ^(٥) . ولكن البعض يرد على ذلك بملاحظة أن النائب القانونى — كالولى أو الوصى — يقوم بأعمال الحفظ سواء تمثلت فى أعمال قانونية أم فى أعمال مادية ^(٦) . ويضيف البعض الآخر الى ذلك أن الأعمال المادية ، كالترميم ، تتم عادة عن طريق تصرف قانونى هو اتفاق الشريك مع من يباشر العمل بنفسه .

وذهب البعض الى أن مرجع حق الشريك فى الانفراد بهذه الاعمال

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ٦ ، ص ٩٥ .

(٢) محمد على عرفة ، بند ٢٣٧ .

(٣) السنهورى ، بند ٤٨٨ .

(٤) شفيق شحاته ، بند ١٤٦ ، عبد المنعم البدر اوى ، بند ١٢١ ، حسن كيره ، الحقوق العينية الاصلية بند ١٠٨ ، عبد المنعم فرج الصده بند ١٢٤ .

(٥) اسماعيل غانم ، بند ٦٩ ، السنهورى ، ه ٢ ص ٨٠٦ .

(٦) حسن كيره ، المرجع السابق ، بند ١٠٨ بالهامش .

هو أنه ليس فيها أساس بحقوق الشركاء ، فيستطيع كل شريك أن يقوم بها بمفرده بمقتضى حق الملكية الثابت له على الشيء الشائع كله ، فتكون منفعتها لهذا الشيء كله ويستفيد منها باقى الشركاء بمقتضى مالهم من حق ملكية مماثل على الشيء ^(١) . ولكن يؤخذ على هذا الرأى أنه يؤدى فى منطقته الى أن يكون أساس الرجوع على الشركاء هو الاثراء بلا سبب .

١٢٢ — على أن الاعم الاغلب من أعمال الانتفاع يترتب عليها المساس بحقوق باقى الشركاء المشتاعين ، ومن ثم لا يجوز للشريك أن يقوم بها منفردا . فاذا قام بشيء من ذلك كان لباقى الشركاء الاعتراض عليها سواء أكانت أعمالا مادية أم كانت أعمالا قانونية .

فلا يجوز للشريك المشتاع أن يقوم منفردا بوضع يده على العين أو على جزء منها للقيام بزراعتها منفردا ، أو بإقامة منشآت أو بالبناء عليها . فاذا قام بشيء من ذلك فعلا كان لسائر الشركاء بالطبع الابقاء عليها لمصلحتهم مع الاشتراك فى نفقاتها كل بقدر حصته ^(٢) .

ولكن اذا لم ير الشركاء الابقاء على الزرع أو البناء فماذا يكون حكم هذه الاعمال التى انفرد بها أحد الشركاء ؟ عنى المشرع اللبنانى بوضع حكم خاص لهذه الحالة بينما تركها المشرع المصرى لحكم القواعد العامة فى الشيووع .

فقد نصت المادة ٢١٩ من قانون الملكية العقارية اللبنانى على أنه « اذا

(١) اسماعيل غانم ، بند ٦٩ و ص ١٤٧ هـ ١ .

Aubry et Rau, T. 2, No. 221, Banadry Lacantinerie et Chauveau, No. 269, Colin et Capitan et de La Morandière, No. 1036.

(٢) فى هذا المعنى : اسماعيل غانم بند ٦٩ ، السنهورى ، بند ٥٠٢ .

Aubry et Rau, T. 2, 221; Baudry Lacantinerie et Chauveau, No. 269; Colin et Capitant et de La Morandière, No. 1036.

كانت الاغراس أو الابنية قد غرسها أو شيدها على عقار شائع أحد الشركاء فيه بدون رخصة شركائه الآخرين فتجرى قسمة العقار ، عند الاقتضاء ، على يد القاضى ثم يطبق على كل حصة من الحصص ، أحكام المادة ٢١٦ « . وهذه المادة الأخيرة تتعلق بتطبيق أحكام الالتصاق أو اللاحاق في حالة الغراس أو البناء في أرض الغير بحسن نية ولا تجيز للشركاء اجبار البانى على نزع غرسه أو بناءه وإنما تخول الاخير الحق في التعويض عن البناء أو الغراس . غير أن قانون الموجبات والعقود قد أتى بعد ذلك بنص المادة ٨٢٧ منه الذى يقضى بأنه « لا يجوز لشريك أن يحدث تغييرا فى الشئ المشترك بلا رضى شركائه الصريح أو الضمنى . فان لم تراعى أحكام الفقرة السابقة تطبق القواعد الآتية : أولا — تجرى القسمة عندما يكون الشئ قابلا للتجزئة . وإذا كان الجزء الذى حدث فيه التغيير واقعا فى حصة الشريك الذى أحدثه فلا سبيل لاي فريق منهم الى الاعتراض . أما اذا كان التغيير واقعا فى حصة شريك آخر ، فيمكن هذا الشريك أن يختار اما اداء بدل التغيير واما اجبار شريكه على ارجاع الشئ الى حالته الاصلية . ثانيا — عندما يكون الشئ غير قابل للتجزئة ، يجوز للشركاء أن يجبروا محدث التغيير على اعادة الشئ الى حالته الاصلية وعلى تحمل النفقة مع اداء بدل العطل والضرر عند الاقتضاء » .

وواضح من هذا النص أنه اذا كان الشئ الشائع غير قابل للتجزئة فإنه يكون للشركاء اجبار الغارس أو البانى على الازالة مع التعويض ان كان له محل ، مما يتفق مع القواعد العامة فى الشيوع التى تؤدى الى اعتبار ما قام به الشريك من غراس أو بناء اعتداء على حقوق شركائه لا يجبرون على استبقائه . أما اذا كان الشئ قابلا للتجزئة فتجرى قسمة الشئ ويتحدد نصير الغراس أو البناء وفقا لما تشفر عنه . فاذا وقع فى نصيب الغارس أو البانى كان حر التصرف فيه ، واذا وقع فى نصيب شريك آخر

كان له الخيار بين الازالة وبين الاستبقاء مقابل دفع النفقات • وواضح أن هذا الحكم ان كان يتفق مع القواعد العامة في الشيوع — بالنسبة لمصبر الغراس أو البناء بعد القسمة — فانه يخالف حكم المادة ٢١٩ من قانون الملكية العقارية سالف الذكر ، فأى الحكمين أولى بالتطبيق ؟

ذهب رأى الى تطبيق حكم المادة ٢١٩ من قانون الملكية العقارية بالنسبة للشيوع العقارى ^(١) بما يقصر حكم المادة ٨٢٧ من قانون الموجبات على حالة التغيير في المنقول وحدها ، وذهب رأى آخر الى تطبيق كلا المادتين على الشيوع العقارى بحيث تختص الاولى بحكم حالة قيام الشريك حسن النية — وحسن النية مفترض — بالغراس أو البناء في الارض الشائعة دون موافقة شركائه ، وتختص الاخيرة بحكم حالة قيام الشريك سئ النية — وسوء النية يجب اثباته — بالغراس أو البناء في هذه الارض ^(٢) • غير أنه يصعب الاخذ بأى من الرأيين نظرا لما هو ثابت من أن نصوص الشيوع في قانون الموجبات تنطبق على العقار كما تنطبق على المنقول ^(٣) ، ولان تطبيق كل من المادتين السابقتين على العقار مع صرف احدهما لحالة حسن نية الشريك الغارس أو البانى وصرف الاخرى لحالة سوء نيته تخريج لا سند له من نص هاتين المادتين ذاتهما • لذلك فالاولى التسليم بتطبيق المادة ٨٢٧ من قانون الموجبات وحدها واعتبار نص المادة ٢١٩ من

(١) استئناف جبل لبنان المدنية ، رقم ٥٤٥ بتاريخ ٢٦ تشرين الاول ١٩٥٤
اجتهادات شاهين حاتم ، ج ٢٢ ، ص ٣٤ •

(٢) فؤاد الصغير ، قانون الملكية العقارية (على الآلة الكاتبة) ، ١٩٦٣ —
١٩٦٤ ، ص ٤٨ (مشار اليه في حسن كيره ، دروس في الحقوق العينية
الاصلية ، ص ١٨٧) •

(٣) انظر ما سبق ، بند ١١٣ •

قانون الملكية العقارية منسوخا بقانون الموجبات ^(١) ليس فقط لان هذا القانون الاخير قد أعاد تنظيم موضوع الشيوع من جديد ^(٢) وانما أيضا لتعارض نص هذه المادة مع نص المادة ٨٢٧ من هذا القانون تعارضا تاما .

وقد ذهبت محكمة التمييز اللبنانية بحق الى أنه يجب منع الشريك من البناء في الملك المشترك رغم ارادة شركائه اذا طلبوا كلهم أو بعضهم ذلك تطبيقا لحكم الفقرة الاولى من المادة ٨٢٧ من قانون الموجبات التي تقضى بأنه « لا يجوز لشريك أن يحدث تغييرا في الشيء المشترك دون رضى شركائه الصريح أو الضمني » . فاذا حصل البناء رغم ارادة الشركاء فان هؤلاء الشركاء لا يستطيعون طلب الهدم الا بعد اجراء القسمة وعند وقوع القطعة الحاصل فيها البناء في حصة أحدهم خلاف الشريك الذي بنى ^(٣) .

هذا في لبنان ، أما في مصر فلم يورد التقنين المدني نصا مماثلا لنصوص القانون اللبناني ، ون ثم فيجب تطبيق القواعد العامة في الشيوع التي تؤدي الى تخويل الشركاء حق ازالة ما يقيمه أحدهم في العين الشائعة دون موافقتهم ، باعتباره قد تجاوز حدود حقه الى المساس بحقوقهم .

١٢٣ — واذا كان لا يجوز للشريك القيام منفردا بوضع يده على الشيء الشائع والغراس أو البناء فيه على النحو السابق ، فانه لا يجوز له كذلك القيام منفردا بتأجير الشيء الشائع أو جزء منه . فاذا قام بذلك كان هذا الايجار غير ملزم لبقية الشركاء ، بحيث يكون لهم الامتناع عن تسليم الشيء

(١) زهدى يكن ، المرجع السابق ، ج ١ ، بند ١٧٠ ، حسن كيره ، دروس في الحقوق العينية الاصلية ، ص ١٨٧ .

(٢) انظر ما سبق ، بند .

(٣) تمييز ١٢/٩/١٩٥٥ ، مجموعة باز ، ١٩٥٥ ، ص ١٦٩ وما بعدها .

الى المستأجر ، ويكون لهم طلب طرده من العين المؤجرة اذا كان قد تسلمها فعلا . ولكن عقد الايجار ذاته يظل صحيحا منتجا لاثاره بين طرفيه دون أن يؤثر في صحته أن المؤجر لم يكن مالكا للشيء المؤجر كله وأنه أجر في نفس الوقت حقوق شركائه ، اذ لم يرد نص على بطلان الايجار الذى يرد على حق الغير في أحكام الايجار كما ورد في احكام البيع ، وليس في الاحكام العامة ما يصلح لابطال الايجار لمجرد أنه ورد على حق غير مملوك للمؤجر . وليس للمستأجر طب الفسخ طالما استطاع المؤجر الوفاء بالتزاماته بان سلم العين للمستأجر ومكنه من الانتفاع بها ولم يتعرض أحد من الشركاء الآخرين ^(١) أما اذا تعرض أحد من الشركاء الآخرين للمستأجر فيكون له أن يرجع على الشريك المؤجر بالضمان وأن يطلب فسخ الايجار لاخلال المؤجر بالتزاماته .

ويترتب على القول بصحة الايجار أنه اذا كان الايجار واقعا على جزء من الشيء الشائع وظل الايجار قائما لم يفسخ حتى تمت القسمة فوقع في نصيب الشريك المؤجر ، زال ما كان يحول دون نفاذ الايجار وأصبح منتجا لكل

(١) الايجار المذكور يكون غير نافذ في حق الشركاء الآخرين ولكن يكون لهم الحق في اقراره بحيث يصير نافذا في حقهم . وقد قضت محكمة التمييز بأنه اذا طالب بعض الشركاء باخلاء العين المؤجرة فلا يكون للمستأجر أن يدفع هذا الطلب بحجة أن هؤلاء الشركاء لا يكونون اغلبية ثلاثة ارباع الانصباء ، لان المادة ٨٣٥ موجبات التى تجعل لهذه الاغلبية وحدها حق ادارة الشيء الشائع قاصرة على العلاقة بين الشركاء (تمييز ٩ كانون الاول سنة ١٩٣٩ ، مذكور في جان باز ، المرجع السابق ، ص ٧٥) ، كما قضت بأنه يجوز للشركاء الذين لا يكونون مثل هذه الاغلبية رفض تجديد الايجار دون أن يستطيع المستأجر الاحتجاج عليهم بالمادة ٨٣٥ موجبات (تمييز ٢٦ ايلول سنة ١٩٤٠ مشار اليه في المرجع السابق ، في الموضع السابق) .

آثاره . أما اذا وقع في نصيبه جزء آخر فيتأكد عدم نفاذ الايجار في حق الشريك الذي وقع في نصيبه الجزء المؤجر . غير أن الفقه في مصر يرى أن حق المستأجر في هذه الحالة ينتقل الى الجزء الذي وقع في نصيب الشريك المؤجر بقدر يعادل الجزء المؤجر له قياسا على حكم المادة ٨٢٦/٢ من التقنين المدني المصري الخاصة بتقرير انتقال حق المتصرف اليه في جزء من الشيء الشائع الى الجزء الذي آل الى المتصرف بمقتضى القسمة ^(١) . وليس في القانون اللبناني عى أى حال نص يقابل نص المادة ٨٢٦/٢ من التقنين المدني المصري .

١٢٤ — ويلاحظ أن محكمة النقض المصرية ، في ظل القانون القديم ، قد ذهبت الى أنه اذا وضع أحد الشركاء يده على جزء من الشيء الشائع فلا يكون لبقية الشركاء طلب استرداد حيازته منه وانما يكون له المطالبة بما يقابل الانتفاع به ^(٢) ، واذا قام بالبناء عليه فلا يجوز لهم طلب الازالة الى أن تتم القسمة ^(٣) ، واذا قام بتأجيريه فلا يجوز لهم طلب اخراج المستأجر من العين المؤجرة ، رغم ما في كل ذلك من مساس بحقوق الشركاء ^(٤) . ومرجع ذلك أنه في ظل القانون المدني القديم كان اجماع

(١) ويثور التساؤل عما اذا كان يجوز للشريك أن يؤجر حقه الشائع ، لا الشيء كله ولا جزءا مفرزا منه . ويرى البعض جواز ذلك ولكن يتعذر على الشريك أن يسلم هذا الحق الى المستأجر ، فلا يكون للمستأجر — حتى تتم القسمة — أكثر مما للمؤجر ، فيكون الايجار الصادر من أغلبية الشركاء للعين كلها نافذا في حق المؤجر والمستأجر (السنهورى ص ٨٢٨ هـ ٢) .

(٢) نقض مدنى ٢٥ فبراير ١٩٤٣ ، مجموعة القواعد القانونية التى اقترتها محكمة النقض فى خمسة وعشرين عاما ، ج ٢ ، ص ٩٩٢ .

(٣) نقض مدنى ٧ مارس ١٩٤٠ ، المجموعة السابقة ، ص ٩٩١ .

(٤) نقض مدنى ١١ يناير ١٩٤٠ ، مجموعة عمر ، ٣ ، رقم ٣٤ ، ص ٥٥ . وانظر عكس ذلك أحكام محاكم الاستئناف والمحاكم الكلية والجزئية المشار اليها فى السنهورى ص ٨٣٤ هـ ٣ .

الشركاء متطلبا لقيام الشركة بإدارة الشيء الشائع وهو ما كان يصعب توافره مما كان يترتب عليه تعطيل إدارة الشيء الشائع . وقد أرادت المحكمة تفادي هذا الوضع فأقرت استئثار الشريك بجزء من الشيء الشائع ورفضت إزالة البناء الذي يقيمه عليه وتوصلت الى اقرار الايجار الصادر منه ، حتى تتم القسمة ، رغم ما في ذلك من اعتداء على حقوق الشركاء المشتاعين المساوية لحق الشريك الذي قام بهذه الاعمال والتي ترد على الشيء الشائع كله . وواضح أن هذا القضاء لم يكن له سند من الناحية القانونية على ضوء ما نعرفه من طبيعة حق الشريك المشتاع ، ولم يعد له أيضا سند من الناحية الواقعية بعد أن قام القانون المدني الجديد بتنظيم إدارة المال الشائع تنظيمًا يكفل منع تعطيل الانتفاع به في حالة اختلاف الشركاء ، عن طريق الاكتفاء بالأغلبية دون تطلب الاجماع لهذه الإدارة ، وتخويل القاضى الحق في تعيين من يدير الشيء الشائع عند الحاجة . لذلك أجمع الفقه على ضرورة تعديل محكمة النقض لموقفها السابق في ظل القانون المدني الجديد (١) .

نفقات المال الشائع وتكاليفه :

١٢٥ — نصت المادة ٨٣٣ من قانون الموجبات البنائى على أن « كل شريك ملزم تجاه الآخرين يتحمل أعباء الشيء المشترك ونفقات الإدارة

(١) محمد على عرفة ، ج ١ ، بند ٢٩٣ وبند ٢٩٦ ، عبد المنعم البدر اوى ، بند ١١٣ ، اسماعيل غاتم ، بند ٦٩ ، حسن كيره ، المرجع السابق ، بند ١٠٧ ، عبد المنعم فرج الصده ، بند ١١٩ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٥٩ ، السنهورى ، بند ٥٠٢ .

والاستثمار • ويعين نصيب كل شريك من تلك الاعباء والنفقات بحسب حصته في ذلك الشيء » • ونصت المادة ٨٣١ من التقنين المدني المصري على أن « نفقات إدارة المال الشائع وحفظه والضرائب المفروضة عليه وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوخ أو المقررة على المال ، يتحملها جميع الشركاء كل بقدر حصته ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك » • وقد رأينا تطبيقاً لذلك أنه إذا قام أحد الشركاء بمثل هذه النفقات كان له أن يرجع على شركائه كل بقدر حصته •

ومن الواضح أن مثل هذه النفقات التي تلزم جميع الشركاء هي النفقات الضرورية للإدارة أو الحفظ والصيانة أما إذا انفق أحد الشركاء نفقات نافعة أو كمالية فلا يلزم بها الشركاء ما لم يكونوا قد أجازوا انفاقها صراحة أو ضمناً ^(١) • وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٨٣٤ من قانون الموجبات والعقود اللبناني •

وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري يردف نص المادة ٨٣١ السالف ذكره بقوله : « لكل شريك أن يتخلص من هذه النفقات إذا تخلص عن حصته في المال الشائع » • ولكن هذه العبارة حذفت في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ • على أن هذا الحذف لا يمنع من الأخذ بحكمها لأن « فكرة التخلص من التزام متعلق بعين من الأعيان عن طريق التخلي فكرة عامة التطبيق » على نحو ما جاء في تقرير اللجنة المذكورة ^(٢) • فان تخلص الشريك عن حصته سقطت عنه النفقات — ما لم

(١) أنظر ما سبق ، بند ١٢١ •

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٩٤ •

تكن راجعة لخطئه — وآلت ملكية الحصنة التي تخلى عنها الى الشركاء الآخرين كل بقدر حصته (١) .

المطلب الثانى

التصرف فى الشئ الشائع

١٢٦ — سبق أن بينا أن التصرف فى الشئ المملوك أما أن يكون تصرفا ماديا واما أن يكون تصرفا قانونيا (٢) . ومن الواضح أن التصرف المادى فى الشئ المملوك على الشيوع باستهلاكه أو اعدامه لا يثبت الا للشركاء مجتمعين ، فاذا قام به أحدهم كان متعديا على حقوق شركائه وكان مسئولا عما يصيبهم من ضرر من جراء ذلك . وأما التصرف المادى فى الشئ المملوك بالتغيير فيه ، فيدخل فى عموم أعمال الادارة غير المعتادة على النحو السابق تفصيله . وأما التصرف القانونى ، وهو الذى نعرض له هنا بشئ من التفصيل ، فيختلف حكمه — مثله فى ذلك مثل الانتفاع بالشئ الشائع — بحسب ما اذا كان تصرفا جماعيا أو ما اذا كان تصرفا صادرا من شريك على انفراد .

(١) السنهورى ، بند ٤٨٩ ، المراجع المشار اليها فيه . ولكن البعض يشكك فى هذا المبدأ على أساس ما قد يؤدى اليه من نتائج غير مقبولة ، كما اذا تحطمت سيارة مملوكة على الشيوع واتفق الشركاء على اصلاحها وقام أحدهم بالاتفاق على هذا الاصلاح ثم تبين بعد الاصلاح أنها لا تساوى قيمة ما أنفق عليها ، فان التخلي فى هذه الحالة يؤدى الى تحميل الشريك الذى قام بالاتفاق بجميع النفقات بينما الفرض أنها أقل من قيمة السيارة التى سيتحملها كلها بالتخلي (منصور مصطفى منصور ، بند ٦١) .

(٢) والتصرف المادى — كما رأينا — هو وحده الذى يدخل فى مضمون الملكية دون التصرف القانونى الذى لا يعدو أن يكون مقابلا للرخصة المخولة لكل صاحب حق فى التصرف فى حقه . ومع ذلك فاننا نعرض للتصرف القانونى فى الشئ الشائع فى هذا المكان منعا لتشتت أحكام الشيوع .

١ - التصرف الجماعى

١٢٧ - استلزم المشرع اللبنانى توافر اجماع الشركاء للقيام بأى تصرف فى الشئ الشائع ، فنص فى المادة ٨٣٦ من قانون الموجبات على أنه « لا تجبر الاقلية على قبول قرارات الغالبية اذا كانت تختص : أولا - بأعمال التصرف » • أما المشرع المصرى فلم يستلزم لمثل هذا التصرف اجماع الشركاء وانما اكتفى بالاغلبية • وعلى ذلك فالمقصود بالتصرف الجماعى فى القانون اللبنانى هو التصرف الصادر من الشركاء مجتمعين بينما المقصود به فى القانون المصرى هذا التصرف بالاضافة الى التصرف بالاغلبية التى يتطلبها القانون •

اعمال التصرف الصادرة من الشركاء مجتمعين :

١٢٨ - من البديهي أن يكون للشركاء مجتمعين سلطة التصرف فى الشئ الشائع بكافة أنواع التصرف ، وسواء كان هذا التصرف بنقل ملكيته كله أو بعضه ، أو بتقرير حق عينى أصلى عليه ، كالانتفاع أو الارتفاق أو بتقرير حق عينى تبعى ، كالرهن •

واذا كانت سلطة الشركاء مجتمعين المطلقة فى التصرف ليست محل جدل ، فقد ثار الخلاف حول مدى أثر التصرفات التى يجريها الشركاء بناء على هذه السلطة • ولا جدال فى أنه اذا كان التصرف بنقل ملكية جزء من الشئ بتمامها فان هذا الجزء يخرج من القسمة التى تجرى بعد ذلك • ولكن اذا كان التصرف الذى أجراه الشركاء مجتمعين من التصرفات غير الناقلة للملكية ، كتقرير حق انتفاع أو استعمال أو ارتفاق على الشئ أو حق عينى تبعى عليه ، ثم وقعت القسمة بعد هذا التصرف فاختص كل شريك

بجزء من الشيء ، فماذا يكون مصير هذا الحق الذي قرره الشركاء مجتمعين قبل القسمة ؟

ذهب رأى الى أن من مقتضى مبدأ الاثر الرجعى للقسمة زوال مثل هذه الحقوق بأثر رجعى ، وعلى ذلك يكون لكل شريك ملكية الجزء الذى اختص به خالية من الحق الذى قرره الشركاء مجتمعين قبل القسمة . لذلك يذهب هذا رأى الى اعتبار نص المادة ١٠٣٩/١ من القانون المدنى المصرى الخاصة بالرهن الرسمى والتي تقضى بأنه « يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع ، أيا كانت النتيجة التى تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم امكان قسمته » نصا استثنائيا لا يجوز القياس عليه ^(١) ولا يسرى على غير الرهن الرسمى ^(٢) من الحقوق ، كالرهن الحيازى ^(٣) .

ولكن الواقع أن هذا رأى يغفل أن التصرف المقرر للحق قد صدر من الشركاء بما لهم من ولاية التصرف المطلق فى الشيء على اعتبار أن كافة الحقوق على الشيء تقتصر فيهم ، وليس فيه مساس بحق شخص لم يشترك فى ابرامه ، ومن ثم فهو لا يتأثر بنتيجة القسمة التى تأتى بعد ذلك . فالمقصود

(١) سليمان مرقس ، التأمينات العينية ، طبعة ٢ ، بند ٢٤٠ ، عبد الفتاح عبد الباقي ، التأمينات الشخصية والعينية ، طبعة ٢ ، بند ٣٤٥ مكرر ، محمد على أمام ، التأمينات الشخصية والعينية ، بند ٣٢٨ ، عبد المنعم البدر اوى ، بند ١٣٦ .

(٢) الرهن الرسمى فى القانون المصرى هو الحق العينى الذى يتقرر اتفاقا على عقار دون انتقال حيازة هذا العقار الى الدائن وهو يقابل ما يعرف فى القانون اللبنانى بالتأمين .

(٣) الرهن الحيازى فى القانون المصرى هو الحق العينى التبعى الذى يتقرر على عقار أو منقول لضمان الوفاء بدين من الديون بحيث ينتقل الشيء المرهون الى يد الدائن ، وهو ما يسمى فى القانون اللبنانى بالرهن .

بما يسمى بالاثـر الرجـعـى للقـسـمـة — عـنـد مـن يأخـذون بـه — هـو مـجـرـد حـمـايـة الشـرـيـك الـذـى اخـتـص بمـقـتـضـى القـسـمـة بـجـزء مـن الشـئ ، مـن الحـقـوق الـتـى يـكـون قـد قـرـرـها عـلـيـه أـحـد الشـركـاء الـآخـريـن أو بـعـضـهـم مـمـن لا تـثـبـت لـهـم سـلـطـة التـصـرـف المـطـلـق فـى الشـئ ، و فـى هـذا النـطـاق يـكـون عـدم نـفـاذ هـذه الحـقـوق مـفـهـومـا عـلى أـسـاس طـبـيـعـة الشـيـوع . هـذا فـضـلا عـن أن كـل شـرـيـك عـنـدما اشـتـرك فـى التـصـرـف فـى العـقـار لم يـقـتـصـر عـلى التـصـرـف فـى حـقـه فـيـه و انـما تـصـرـف فـى العـقـار كـله ، لـان مـحل حـقـه هـو الشـئ المـملـوك عـلى الشـيـوع كـله ، فـيـكـون التـصـرـف الـصـادر مـنـهـم جـمـيـعا نـافـذا فـى مـواجـهـة الشـرـيـك الـذـى اخـتـص بـالعـقـار فـى القـسـمـة لا فـى حـدود ما كان لـهـذا الشـرـيـك مـن حـق فـقـط و انـما بـالنـسـبـة لـلعـقـار كـله ، و ذـلـك حـتـى لو أـعـمـلـنا الاثـر الرجـعـى لـلقـسـمـة فـاعـتـبـرنا الشـرـيـك الـذـى اخـتـص بـالعـقـار مـالـكا لـه مـنـذ بـدء الشـيـوع ^(١) . و عـلى ذـلـك يـعـتـبـر نـص المـادـة ١٠٣٩/١ مـن التـقـنـين المـصـرى مـجـرـد تـطـبـيـق لـبـدأ عـام تـقـتـضـيـه طـبـيـعـة حـق الشـرـيـك المـشـتـاع ، و يـجـب تـطـبـيـقه دـون حـاجـة الـى نـص صـريـح سـواء فـى القـانـون اللـبـنـانـى أو فـى القـانـون المـصـرى ، هـو مـبـدأ بـقـاء التـصـرـف الـصـادر مـن كـافـة الشـركـاء نـافـذا بـعـد و قـوع القـسـمـة و أيا كـانـت نـتـيـجـتـها دـون تـفـرقة بـيـن التـصـرـف النـاقـل لـلـمـلكـيـة و التـصـرـف المـنـشـئ لـحـق عـيـنى آخـر ^(٢) .

أعمال التصرف الصادرة من أغلبية الشركاء فى القانون المصرى

١٢٩ — لمجموع الشركاء على هذا النحو سلطة التصرف فى الشئ الشائع تصرفا يكون نافذا فى حقهم جميعا حتى بعد وقوع القسمة . ولكن

(١) منصور مصطفى منصور ، بند ٦٣ .

(٢) اسماعيل غانم ، بند ٧٤ ، حسن كيرة ، الحقوق العينية الاصلية ، بند ١١١ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ١٢٦ ، شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات العينية فى القانون المدنى ، طبعة ٢ ، بند ٤٤ ، سمير تناغو ، التأمينات العينية ، بند ٢٥ ، السنهورى ، بند ٥٠٤ و ٥٠٥ .

مثل هذا الاجماع على التصرف قد لا يتوافر رغم ما قد يكون وراء هذا التصرف من أسباب تبرره . لذلك فقد عنى المشرع المصرى فى القانون المدنى الجديد - خلافا للمشرع اللبنانى - بالنص على أنه يكون « للشركاء الذين يملكون على الاقل ثلاثة أرباع المال الشائع ، أن يقرروا التصرف فيه اذا استندوا فى ذلك الى أسباب قوية ، على أن يعلنوا قراراتهم الى باقى الشركاء . ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع الى المحكمة خلال شهرين من وقت الاعلان . . . وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء ، أن تقدر تبعا للظروف ما اذا كان التصرف واجبا » .

هذا النص يوفق بين مصلحة الاغلبية ومصلحة الاقلية فيما يتعلق بالتصرف ، فيجعل للاغلبية سلطة فى تقرير التصرف ويجعل للاقلية سلطة الطعن فى قرار الاغلبية .

فلاغلبية الشركاء المتمثلة فى ثلاثة أرباع الشئ الشائع أن تقرر التصرف فيه أيا كان نوع التصرف . على أنه يشترط لتحويل الاغلبية هذه السلطة أن تكون هناك « أسباب قوية » تبرر التصرف ، كأن تعرض فرصة مواتية لبيع الشئ بثمن مرتفع أو يحتاج الانتفاع بالشئ الشائع أو تحسينه الى رهنه ضمانا للقرض اللازم لذلك .

وقد أوجب النص على الاغلبية أن تعلن قرارها للاقلية وجعل للاقلية سلطة الرجوع الى المحكمة خلال شهرين من الاعلان . وطبيعى أن الاقلية فى رجوعها الى المحكمة قد تطلب القسمة أو الغاء قرار الاغلبية .

فاذا طلبت الاقلية القسمة فلا جدال فى أنه على المحكمة أن تنتظر فى أمر هذه القسمة ومدى امكان اجرائها دون ضرر بمصالح الشركاء . فاذا كانت

القسمة ممكنة دون ضرر بمصالح الشركاء أمرت بها ، ولو كان هناك اتفاق على البقاء في الشيوع لم ينته أجله ، لأن سلطة الاغلبية في التصرف سلطة استثنائية فيجب تمكين الشريك المعارض من الخروج من الشيوع مادام خروجه لا يضر ببقية الشركاء . أما اذا كان في القسمة ضرر بمصالح الشركاء فانه يتعين على المحكمة استبعادها والنظر الى قرار الاغلبية بالتصرف ، فان وجدت أن هذا القرار يستند لاسباب قوية أقرته وأن لم تجده كذلك ألغته . كل هذا يستفاد من العبارة الاخيرة من المادة ٨٣٢ التي تنص على أنه « للمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء ، أن تقدر تبعا للظروف ما اذا كان التصرف واجبا » .

أما اذا طلبت الاقلية الغاء قرار الاغلبية دون أن تطلب القسمة فقد ثار الخلاف حول ما اذا كان من سلطة المحكمة — قبل أن تبحث في قرار الاغلبية — أن تبحث في امكان القسمة دون ضرر بمصالح الشركاء وأن تأمر بها في حالة تحققها من ذلك على غرار الحالة الاولى . فذهب رأى الى اثبات هذه السلطة للمحكمة حتى في هذه الحالة تأسيسا على أن العبارة الاخيرة من المادة ٨٣٢ التي تثبت للمحكمة هذه السلطة قد جاءت عامة بحيث تشمل الحالتين ^(١) . وذهب رأى آخر الى أنه لا ينبغي أن تفرض المحكمة القسمة على الشركاء اذا لم يطلبها أحدهم ، ولذلك يتعين على المحكمة في هذه الحالة النظر مباشرة الى قرار الاغلبية المطعون فيه لاقراره أو الغائه بحسب ما اذا كان يستند أو لا يستند لاسباب قوية . ويستند هذا الرأي الى أن العبارة الاخيرة من المادة ٨٣٢ يجب أن تفسر على ضوء العبارة الاولى منها الخاصة باشتراط وجود أسباب قوية لاثبات سلطة الاغلبية في التصرف ، وعلى ذلك يكون المفهوم من سياق هذه المادة

(١) حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص ١١٢ بالهامش ، السنهوري ، بند

أن الفقرة الأخيرة منها خاصة بالحالة التي تتمثل فيها معارضة الأقلية في طلب الخروج من الشيوع ^(١) .

وقد أثبتت هذه المشكلة أثناء الأعمال التحضيرية لمراجعة القانون المدني ، فذهبت اللجنة الفرعية الى تعديل نص المادة ٨٣٢ بالنص صراحة على إلزام المحكمة بالنظر في قسمة المال الشائع عينا في جميع الأحوال . ولكن لجنة المقررين انحازت الى الرأي المخالف ورأت الإبقاء على نص المادة ٨٣٢ دون تعديل على اعتبار أنه لا يجعل للمحكمة سلطة الأمر بالقسمة اذا لم يطلبها أحد الشركاء ، ووافقتها اللجنة العامة على ذلك . وفي رأينا أنه ما دامت اللجنة قد انحازت الى هذا الرأي فقد كان عليها تعديل نص المادة ٨٣٢ بما يتفق معه ، اذ أن صياغة هذا النص أقرب الى الرأي الاول .

٢ - التصرف الفردي

١٣٠ - قد يتصرف الشريك في حقه الشائع ، وقد يتصرف في جزء مفرز من الشيء الشائع أو فيه كله . ويتصرف الشريك في حقه الشائع لا يمس بحقوق الشركاء الآخرين ، بينما يمس تصرفه في جزء مفرز من الشيء الشائع أو فيه كله بهذه الحقوق . لذلك كان من الطبيعي أن يختلف حكم التصرف في الحالتين .

(١) اسماعيل غانم ، بند ٧٥ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ١٢٧ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٦٤ .

التصرف في الحق الشائع :

١٣١ — لما كان الشريك يملك حقه الشائع دون أن يشاركه بقية الشركاء فيه ، وان شاركوه في الشيء الشائع من حيث هو محل لهذا الحق كما هو محل لحقوقهم ، فانه يكون له التصرف فيه باعتباره كذلك . فالشريك المشتاع في تصرفه انما يستعمل الرخصة المخولة لصاحب كل حق في التصرف في حقه ، وهذا التصرف يكون نافذا في حق بقية الشركاء دون حاجة الى موافقتهم اذ ليس فيه مساس بحقوقهم . وقد نصت المادة ٨٣٧ من قانون الموجبات اللبناني على هذا الاصل بقولها « لكل شريك حصة شائعة في ملكية الشيء المشترك وفي منتجاته . ويجوز له أن يبيع تلك الحصة أو يتفرغ عنها أو يرهنها وأن ينيب غيره في التمتع بها وأن يتصرف فيها على أي وجه آخر سواء كان ببذل أم بلا بدل ... » . كذلك قررت نفس الاصل المادة ٨٢٦/١ من القانون المدني المصري بقولها « كل شريك على الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها » .

ومبدأ تصرف الشريك المشتاع في حقه الشائع يشمل جميع أنواع التصرفات التي يتصور ورودها على الحق الشائع في ذاته دون أن تتعدى ذلك الى التصرف في الشيء الشائع أو في جزء مفرز منه وتمس بذلك حقوق بقية الشركاء . فيجوز أن يكون التصرف ناقلا للملكية ، كالبيع والهبة ، ويجوز أن يكون مقرا لحق من الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية كالانتفاع ، أو من الحقوق العينية التبعية كالرهن . فكل هذه التصرفات يمكن أن ترد على الحق الشائع دون مساس بالشيء الشائع المحمل به حقوق الشركاء الآخرين . ولكن لا يجوز أن يكون التصرف بتقرير حق ارتفاق ، فحق الارتفاق يتحمل به العقار الخادم كله لصالح

العقار المخدم كله مما يترتب عليه المساس بحقوق الشركاء على
العقار (١) .

١٣٢ — فإذا كان التصرف في الحق الشائع من التصرفات الناقلة
للملكية ، كالبيع مثلا ، فإن هذا التصرف يكون نافذا في مواجهة سائر
الشركاء دون حاجة الى اعلانهم به . فلا محل للقياس على أحكام انتقال
أو حوالة الحق التي تقضى بأن حوالة الحق لا تكون نافذة قبل المدين
أو قبل الغير الا اذا قبلها المدين أو أعلن بها ، اذ أن هذه الاحكام خاصة
بحق الدائنية أو الحق الشخصى الذى يترتب فى ذمة مدين
معين ، بينما حق الشريك المشتاع يرد مباشرة على الشيء الشائع
فى ذاته وليس حق دائنيه قبل باقى الشركاء (٢) وينتقل الحق

(١) عبد المنعم البدر اوى ، بند ٢٨٠ ، اسماعيل غانم ، بند ٧٩ ، حسن
كير ، المرجع السابق ، بند ١٢٠ ، السنهورى ، بند ٥١٢ . تمييز ٢٣ شباط
١٩٥٩ ، مجموعة باز ، ١٩٥٩ ، ص ١٣٣ .

(٢) ويلاحظ أن الشيوع قد يكون واردا على مجموع من الاشياء ، فيتصرف
أحد الشركاء فى حقه الشائع فى أحدها دون بقية الاشياء . وفى هذه الحالة
يلزم لفض الشيوع اجراء قسمة الشيء الذى بيع حق أحد الشركاء فيه بين
المشتري وبقية الشركاء وقسمة أخرى لبقية الاشياء الشائعة بين جميع الشركاء
وتجنبنا لهذا التعقيد قضت بعض التشريعات بأنه لا يجوز التصرف فى حق
شائع فى شيء داخل مجموع من المال الا باتفاق الشركاء (التقنين الالماني
فى المادة ٢٠٢٣ منه) وقد أيدت محكمة النقض صحة التصرف من أحد
الشركاء فى حقه الشائع فى شيء داخل ضمن مجموع من الاشياء الشائعة
(نقض مدنى ١٩٥٥/١٠/٢٠ ، مجموعة أحكام النقض ، ص ٦ ، رقم ١٨٥ ،
ص ١٣٧٥) .

قارن مع ذلك جان باز (المرجع السابق ، ص ٧١) حيث يرى أنه « اذا كان
موضوع التفرغ عقارا داخلا ضمن مجموعة من الحقوق كالتركة فان مفاعيل
التفرغ تتوقف الى ما بعد القسمة فيعرف عندئذ بنصيب من دخل العقار الذى
حصل التفرغ عن الحصة الشائعة فيه ، فاذا لم يدخل فى نصيب المتفرغ فيكون
هذا الاخير قد تفرغ عن شيء لا يملكه » . وهذا الراى يتجاهل أن التفرغ كان
صحيا وان المتفرغ له قد أصبح بمقتضى ذلك شريكا فى الشيء الشائع الذى
تم التفرغ عن حصته شائعة فيه ، حلولا منه محل الشريك الاصلى .

الشائع بمجرد التعاقد اذا تعلق الامر بمنقول ، ويلزم قيد التصرف في السجل العقاري أو تسجيله لهذا الانتقال اذا تعلق الامر بعقار .
ويصبح المتصرف اليه بمجرد انتقال الحق الشائع اليه شريكا لباقي الشركاء ، فتكون له كل حقوق الشريك والتزاماته ، ويثبت له حق طلب القسمة ، ويجب على باقي الشركاء اختصامه في دعواها . والعبرة في هذا الشأن بقيد القسمة في السجل العقاري أو تسجيلها . فاذا كان قد قيد أو سجل حقه قبل قيد أو تسجيل القسمة الحاصلة من الشركاء فلا يحتج عليه بها ولو كانت قد تمت بالفعل قبل قيد أو تسجيل حقه ما دامت لم تقيد أو تسجل الا بعد قيد أو تسجيل حقه ، ويكون له طلب اجراء القسمة من جديد ^(١) .
ويلاحظ أنه اذا كان المتصرف لشريك وعلى سبيل المعاوضة ، وترتب عليه انتهاء الشيوع ، اعتبر من قبيل القسمة وسرت عليه أحكامها .

كذلك يلاحظ أن المشرع قد خول الشركاء في حالة بيع أحدهم حقه الشائع لاجنبي ، الحق في الحل محل هذا الاجنبي في البيع ، حتى لا يتضرر هؤلاء من مشاركة الاجنبي لهم . وسوف نعرض لهذا الحل بالتفصيل عند دراسة مصادر الملكية ^(٢) .

واذا كان المتصرف في الحق الشائع بترتيب حق انتفاع ، ثبت للمتصرف اليه استعمال الحق الشائع واستثماره بما يتبع ذلك من اشتراك في الادارة ، فتكون له أعمال الادارة المعتادة بحيث يحسب صوته في حساب

(١) نقض مدني ١٩٦٥/١٢/٢ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١٦ ، رقم ١٨٤ ، ص ١١٧٢ .

(٢) يلاحظ أن هذا الحل يتم في القانون اللبناني عن طريق الشفقة وحدها (م ٨٣٨ موجبات) والشفقة قاصرة على العقارات دون المنقولات (م ٢٣٨ من قانون الملكية العقارية) . أما في القانون المصري فيتم هذا الحل عن طريق الشفعة بالنسبة للعقار (م ٩٣٦/ب من القانون المدني) كما يتم عن طريق الاسترداد بالنسبة للمنقول وللجموع من المال المشتمل على عقارات ومنقولات .

الاجلبية العادية في هذه الادارة ، وفي قسمة المهايأة (١) . أما الرقبة فتظل للشريك المتصرف ويكون له ممارسة ما يقابلها من سلطات ، وهي المتعلقة بالادارة غير المعتادة والتصرف وطلب القسمة . واذا تمت القسمة قبل انتهاء الانتفاع ، انتقل حق المنتفع الى الجزء المفروز الذى يؤول الى مالك الرقبة ، بمقتضى الحلول العينية (٢) .

١٣٣ — واذا كان التصرف فى الحق الشائع بترتيب حق عيني تبعى عليه كان هذا الحق خاضعا للقواعد العامة فى الحقوق العينية التبعية من حيث سريانها على الغير .

ويلاحظ أنه اذا كان الحق العيني الذى رتبه الشريك على حصته رهنا (رهن حيازى حسب تسمية المشرع المصرى) فيلزم أن يحوز الدائن المرتهن الشيء المرهون حتى يمكن القول بحيازته للحق الشائع ، اذ الحيازة شرط لنفاذ الرهن (الحيازى) على الغير . ولكن مثل هذه الحيازة تكون مستحيلة لمساسها بحقوق الغير ، ومن ثم فلا سبيل لنفاذ الرهن الا أن يتفق الشركاء والدائن المرتهن على أن يعهد بالشيء الشائع الى أحد الشركاء يحوزه بالنسبة لحق الشريك الراهن نيابة عن الدائن المرتهن تطبيقا لحكم المادة ٣ من القانون رقم ٤٦ فى ١٦ يناير سنة ١٩٣٢ الخاص برهن المنقول و ١٠١ من قانون الملكية العقارية اللبنانى والمادة ١١٠٩ من التقنين المدنى

(١) ولكن قسمة المهايأة فى هذه الحالة لا تصبح قسمة نهائية ببعضى مدة خمس عشرة سنة على نحو ما تقضى به المادة ٨٤٦/٢ من التقنين المدنى المصرى والا كان فى ذلك مساس بملكية الشريك للرقبة .

(٢) السنهورى ، بند ٥١٣ .

المصرى التى تجيز أن يكون الشيء المرهون رهنا حيازيا فى يد الدائن المرتهن أو الاجنبى الذى ارتضاه المتعاقدان والذى يعرف بالعدل (١) .

والحق العينى التبعى الذى يقرره الشريك على حقه الشائع — سواء كان رهنا أو كان تأمينا (رهن رسمى) يكون نافذا فى حق الشركاء دون انتظار للقسمة ، فيكون للدائن المقرر له هذا الحق اذا حل أجل الدين قبل القسمة التنفيذ على الحق الشائع ببيعه فى المزاد واقتضاء دينه بالاولوية من ثمنه . أما اذا أجريت القسمة قبل أن ينفذ الدائن بدينه على الحق

(١) تحرم المادة ٢٣ من قانون الملكية العقارية رهن الحق الشائع فى العقار وتؤكد المادة ٢/١٠٤ من هذا القانون ذلك التحريم ، ولكن المادة ٨٣٧ من قانون الموجبات والعقود قد جاءت بعد ذلك فأجازت رهن الحق الشائع دون تفرقة بين العقار والمنقول . وقد أثار هذا الوضع التساؤل عما اذا كانت نصوص قانون الملكية العقارية فى هذا الشأن قد ألغيت بمقتضى المادة ٨٣٧ من قانون الموجبات والعقود بحيث يصبح رهن الحق الشائع فى العقار جائزا من تاريخ العمل بقانون الموجبات والعقود . وقد ذهب البعض الى عدم الغاء نصوص قانون الملكية العقارية التى تقرر عدم جواز رهن الحق الشائع العقارى بمقتضى المادة ٨٣٧ من قانون الموجبات استنادا الى أن النص الفرنسى للمادة ٨٣٧ من قانون الموجبات — وهو النص الاصلى الذى ترجم عنه النص العربى لهذه المادة يعبر عن الرهن بكلمة *nantissement* التى تعنى فى اللغة الفرنسية رهن المنقول دون رهن العقار ، مما يدل على أن المادة ٨٣٧ التى تجيز الرهن تقصد رهن الحق الشائع فى المنقول دون العقار (فى هذا المعنى : جان باز ، المرجع السابق ، ص ٧٠) . وذهب رأى آخر الى الغاء نصوص قانون الملكية العقارية الخاصة بعدم جواز رهن الحق الشائع فى العقار بمقتضى قانون الموجبات ، استنادا الى أن هذا القانون الاخير قد ألغى جميع نصوص قانون الملكية العقارية الخاصة بالشيوع باعتباره قد قام بتنظيم الموضوع من جديد مما يعتبر طريقا من طرق الالغاء وفقا للقواعد العامة (فى هذا المعنى : حسن كيره ، دروس فى الحقوق العينية الاصلية ، ص ٢٠٤ ، هـ ١) .

أما فى مصر فقد كان رهن الحق الشائع محل شك فى ظل القانون المدنى القديم ، ولكن الرأى قد استقر على جوازه فى ظل القانون المدنى الجديد .

الشائع ، فان حقه يتركز في الجزء المفرز الذي اختص به الشريك الذي قرر الحق العيني التبعي ، في حدود الحصة المقرر عليها هذا الحق (١) ، كأثر للقسمة ، تأسيسا على أن حق الشريك نفسه يتركز في هذا الجزء (٢) .

واذا كان محل الشئوع مجموعا من الاشياء وورد الحق العيني التبعي على حصة في احدها ثم وقع في نصيب الشريك الذي قرر هذا الحق شيء آخر غير ذلك الذي قرر على حقه الشائع فيه حقا عينيا تبعيا ، انتقل الحق العيني التبعي من الحصة الشائعة الى الشيء الذي اختص به الشريك الذي قرر هذا الحق اعمالا لفكرة الحلول العيني . وقد نصت على هذا الفرض المادة ١٠٣٩/١ من القانون المدني المصري فيما يتعلق بالرهن الرسمي .

التصرف في الشيء الشائع مفزرا :

١٣٤ — حق الشريك المشتاع حق ملكية يرد على الشيء كله ويتحدد بنسبة معينة من مجموع ما يخوله من مزايا ، ولكن كلا من الشركاء له حق

(١) منصور مصطفى ، بند ١٧ .

ومع ذلك فيرى البعض أن نصيب الشريك المقرر للحق العيني التبعي ، سواء شمل العقار أو جزءا منه يتجاوز الحصة المقرر عليها الحق العيني التبعي ، يصبح محلا لهذا الحق (أنظر المراجع المشار في منصور مصطفى منصور ، ص ١٦٤ هـ ٢) .

(٢) في هذا المعنى : اسماعيل غانم ، بند ٨١ ، حسن كيرة ، المرجع السابق بند ١٢٠ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ١٣١ ، شمس الدين الوكيل ، التأمينات العينية ، ج ١ ص ١١٢ .

ومع ذلك يذهب أستاذنا الدكتور منصور مصطفى منصور في رسالته نظرية الحلول العيني (فقرة ١٣٨ ، ص ٢٢٣) وحق الملكية (ص ١٦٦ ، هـ ٢) الى اعتبارا تركز حق الدائن المرتهن بالقسمة في الجزء الذي آل الى الراهن ، تطبيقا لفكرة الحلول العيني قولاً بأن « القسمة لا ترد (على الرهن) لانه ليس شائعا وانما على محله وهو حق الملكية والقسمة لا يتعدى أثرها المحل أي استبدال ملكية مفزرة بحصة شائعة ، أما انتقال الرهن فهو مقتضى الحلول العيني » . في هذا المعنى أيضا : السنهوري ، هـ أ ، ص ٨٤٨ .

مماثل على نفس الشيء • وعلى ذلك فاذا تصرف الشريك منفردا في جزء مفرز من الشيء الشائع أو فيه كله ، فانه يتصرف في حقه ولكنه يتصرف في نفس الوقت في حقوق شركائه • وهذا المنطق يؤدي — طبقا لاحكام القانون اللبناني والقانون المدني المصري فيما يتعلق بالتصرف في ملك الغير بوجه عام — الى صحة التصرف فيما يتعلق بحق الشريك في الشيء الشائع أو في الجزء المتصرف فيه منه ، وبطلانه بالنسبة لحقوق الشركاء الآخرين في هذا الشيء أو الجزء المتصرف فيه (١) • فالى أى حد يتفق منطق هذا التحليل مع أحكام القانون الوضعي ؟ هذا ما نعرض له ببيان حكم تصرف أحد الشركاء في الشيء الشائع أو في جزء منه في العلاقة بين طرفيه ثم بالنسبة للغير •

حكم تصرف أحد الشركاء في الشيء الشائع أو في جزء مفرز منه في العلاقة بين طرفيه :

١٣٥ — لم ينص المشرع اللبناني على حكم تصرف أحد الشركاء في الشيء الشائع أو في جزء منه • أما المشرع المصري فينص في المادة ٢/٨٢٦ من التقنين المدني على أنه « اذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف،

(١) في هذا المعنى : عبد المنعم فرج الصدة ، بند ١٢٦ ، منصور مصطفى منصور ، ص ١٧٠ ، هـ ، سليمان مرقص ومحمد على أمام ، عقد البيع ، بند ٢٨٧ • وأنظر في أن تصرف الشريك في كل الشيء الشائع أو في جزء مفرز منه لا يعتبر تصرفا في ملك الغير ، على أساس أن حق الشريك المشتاع لا يختلف عن حق المالك العادي الا في تقييد المالك في استعمال سلطاته بحقوق الشركاء الآخرين : اسماعيل غانم ، بند ٧٧ ، حسن كيرة ، البحث السابق ، بند ٥ أنظر الخلاف حول مدى تميز حق ملكية الشريك المشتاع عن حق المالك العادي فيما سبق •

انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى المتصرف بطريق القسمة • وللمتصرف اليه اذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها ملكية مفرزة ، الحق فى ابطال التصرف » • ويفهم من هذا النص أن تصرف أحد الشركاء فى جزء مفرز يعتبر تصرفا صحيحا فى العلاقة بين طرفيه ما لم تتوافر شروط الغلط وفقا للقواعد العامة فيكون قابلا للإبطال لمصلحة المتصرف اليه • ورغم ذلك فهذا النص لم يمنع من الاختلاف على حكم تصرف أحد الشركاء فى جزء مفرز فى العلاقة بين طرفيه ، اختلافا يرجع فى الواقع الى الخلاف حول طبيعة حق الشريك المشتاع فى المقام الاول •

فقد ذهب رأى الى بطلان التصرف على أساس أنه تصرف فى حق الغير ، أخذا بمنطق التحليل السابق ذكره ولكن اذا ما تمت القسمة ووقع الجزء المتصرف فيه فى نصيب المتصرف صار التصرف صحيحا • لذلك يذهب هذا الرأى الى أن المقصود بالمادة ٢/٨٢٦ من التقنين المدنى المصرى التى تجعل التصرف صحيحا ما لم يتوافر الغلط هو بيان حكم التصرف بعد القسمة ووقوع الجزء المتصرف فيه فى نصيب المتصرف وليس بيان حكم التصرف قبل القسمة (١) •

وذهب رأى آخر الى أن تصرف الشريك المشتاع فى جزء مفرز من الشئ الشائع يعتبر تصرفا صحيحا منتجا لآثاره فى العلاقة بين طرفيه ، سواء قبل القسمة أو بعدها ، على أساس أنه يعتبر تصرفا منه فيما يملك لا فى ملك الغير (٢) ، واستنادا الى نص المادة ٢/٨٢٦ من التقنين المدنى المصرى

(١) سليمان مرقص ومحمد على أمام ، بند ٢٨٧ ، عبد المنعم فرج الصده ، بند ١٢٩ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٩٩ .
(٢) اسماعيل غانم ، بند ٧٧ ، حسن كيره ، الحقوق العينية الأصلية ، =

التي لا تجيز ابطال هذا التصرف الا اذا كان المتصرف اليه يجهل أن المتصرف لا يملك الجزء المتصرف فيه ملكية مفرزة دون تفرقة بين الفترة السابقة على القسمة والفترة اللاحقة عليها . هذا فضلا عن أنه لا يمكن التفرقة بين حكم التصرف قبل القسمة وبعدها — بصرف النظر عما اذا كان نص المادة ٨٢٦ مدنى مصرى يشمل الفترة اللاحقة للقسمة أو يشمل أيضا الفترة السابقة عليها — اذ أن فى ذلك تعليقا لصحة التصرف أو بطلانه على نتيجة القسمة وهى أمر لاحق لانعقاده ، مع أن بطلان التصرف يجب أن يرجع الى عيب يلحق به وقت انعقاده (١) .

وذهب رأى ثالث الى صحة التصرف الصادر من الشريك فى جزء مفرز من الشئ ، لا باعتباره كذلك ، ولكن صحته باعتباره تصرفا فى حق الملكية الشائع الذى يكون للشريك . بعبارة أخرى يرى هذا الفقه أنه اذا كان التصرف بيعا مثلا لجزء مفرز فان هذا البيع يتحول الى بيع للحق الشائع بحيث يصبح المشتري مالكا على الشيوع بنسبة الجزء الذى اشتراه فى حدود حق الشريك البائع ويصبح بالتالى شريكا للشركاء الآخرين ، ويعتبر البيع باطلا فيما جاوز هذه الحصة لصدوره من غير المالك (٢) . وواضح

= بند ١١٨ ، وبحثه السابق ، شفيق شحاته ، بند ١٤١ ، عبد المنعم البدر اوى ، بند ١٣٢ ، السنهورى بند ٥٣١ ، نقض مدنى ١٩٥٠/١٢/٧ مجموعة احكام النقض ، ٢ ، رقم ٢٧ ص ١٣٨ .

(١) لا يتصور ربط مصير التصرف بأمر لاحق على انعقاده الا فى حالة شرط التعليق (الشرط الواقف) ، وهو ما يرفضه بعض أنصار فكرة البطلان صراحة باستبعادهم لحالة (الشرط الواقف) من نطاق البحث . (انظر منصور مصطفى منصور ، بند ٦٨) .

هذا ، ويلاحظ كما قلنا — ان القول بالبطلان لا يستقيم من ناحية المنطق الا بالنسبة لحقوق الشركاء الآخرين . أما بالنسبة لحق الشريك المتصرف فالمنطق يؤدى الى صحة التصرف .

(٢) أنور سلطان ، عقد البيع ، الطبعة ٢ ، بند ٤١٤ ، عبد المنعم البدر اوى بند ١٣٢ .

أن هذا الرأي يخالف الارادة الحقيقية والظاهرة للمتعاقدين • وهو كذلك في مصر يخالف نص المادة ٨٢٦/٢ مدنى مصرى • فهذه المادة تتعرض لحالة القسمة بعد التصرف وتنص على أن حق المتصرف اليه ينتقل الى الجزء الذى آل الى المتصرف بمقتضى القسمة ، مما يدل على أن المتقاسم هو الشريك المتصرف وليس المتصرف اليه وان المتصرف لا زال بالتالى شريكا لبقية الشركاء • فلو كان التصرف يصح على اعتبار أنه تصرف فى الحق الشائع وليس فى الجزء المفرز الذى ورد عليه التصرف لكان المتقاسم هو المتصرف اليه باعتباره شريكا لبقية الشركاء •

وفى رأينا أنه لا مناص من التسليم بصحة التصرف الصادر من الشريك منفرداً فى جزء مفرز من الشئ الشائع ما لم يكن المتصرف اليه جاهلاً وقت التصرف أن المتصرف غير مالك ، فى مصر ، نزولاً على حكم المادة ٨٢٦/٢ من التقنين المدنى • ولا شك لدينا بعد ذلك أن هذا الحكم الذى قرره المادة ٨٢٩/٢ قد جاء على خلاف التكييف الصحيح لحق الشريك المشاع وما يؤدى اليه من اعتبار تصرفه تصرفاً فيما يملك بالنسبة لحقوق شركائه • أما فى لبنان ، حيث لا يوجد نص كنص المادة ٨٢٦/٢ مصرى فيجب اعتبار مثل هذا التصرف تصرفاً قابلاً للإبطال لمصلحة المتصرف اليه نزولاً على التكييف الصحيح لحق الشريك المشاع وما يؤدى اليه من اعتبار تصرفه تصرفاً فى ملك الغير (١) •

١٣٦ — وترجع قابلية تصرف الشريك المشاع فى جزء مفرز من الشئ

(١) ولعله كان من المناسب تصحيح التصرف فى ملك الغير بصفة عامة فى لبنان ومصر والاكتفاء بكونه غير نافذ فى حق هذا الغير • ففى مثل هذا الحكم ما يقضى على الاشكالات الناتجة عن ابطال التصرف فى ملك الغير مع ضمان الحماية اللازمة للغير المتصرف فى ملكه •

للابطال لمصلحة المتصرف اليه ، اذ كان يجهل أن المتصرف لا يملك الشيء المتصرف فيه ملكية مفرزة ، في القانون المصرى ، الى القواعد العامة في الغلط . ولذلك اذا تمت القسمة قبل الحكم بابطال التصرف ووقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف ، فلا يجوز الحكم بالابطال تطبيقا للمادة ١٢٤ مدنى مصرى التى تقضى بأنه ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يوجبه حسن النية . وتطبيقا لنفس الحكم لا يجوز القضاء بالابطال أيضا اذا أقر سائر الشركاء تصرف شريكهم لان هذا الاقرار يجعل التصرف في حكم التصرف الصادر منهم جميعا ، أو اذا تلقى الشريك ملكية الجزء الذى تصرف فيه لاي سبب كان .

١٣٧ — واذا كان نص المادة ٨٢٦ مدنى مصرى لم يتعرض الا لحالة تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع ، فان حكمها يسرى أيضا على حالة تصرف الشريك المشتاع في كل الشيء الشائع . ولا يقال في هذا الصدد ان عدم النص على حكم التصرف في كل الشيء الشائع يبيح الاخذ بالحكم الذى يمليه تحليل حق الشريك على الشيوع ، واعتبار التصرف في الشيء الشائع باطلا في حدود حقوق باقى الشركاء ، على أساس أنه تصرف في ملك الغير ^(١) ، لا يقال ذلك لانه لا يوجد ما يبرر التفرقة بين التصرف في الشيء كله وبين التصرف في جزء مفرز منه ^(٢) . أما في لبنان فيأخذ هذا التصرف حكم التصرف في جزء مفرز من حيث اعتباره قابلا للابطال في جميع الاحوال على أساس أنه تصرف في ملك الغير .

(١) أنور سلطان ، بند ٤١٣ ، شفيق شحاته ، بند ١٤٣ ، محمد على عرفة بند ٣٠٣ ، عبد المنعم البدر اوى ، بند ١٣٥ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ١٣٤
(٢) اسماعيل غانم ، بند ٧٨ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٨٧ ، انظر ايضا : السنهورى ، بند ٥٣ . ومع ذلك فهو يرى نفاذ البيع في حق الشركاء الاخرين بالنسبة لحق الشريك المشتاع بحيث يعتبر شريكا لهم (بند ٥٣٥) .

١٣٨ — على أن تصرف الشريك في جزء مفرز من الشيء الشائع أو في الشيء كله وان اعتبر في القانون المصرى صحيحا بحسب الاصل — ما لم يتوافر الغلط — بالرغم من وروده على حقوق الغير فيما يتعلق بحقوق الشركاء الآخرين ، وخلافا للقواعد العامة التى تقضى ببطلان التصرف فى ملك الغير — كأصل عام — الا أن هذا التصرف لا يمكن أن يكون له من الاثر سوى ترتيب التزامات شخصية بين طرفيه ، دون أن يرقى الى ترتيب الاثار العينية للتصرف بنقل الملكية الى المتصرف اليه ، ما لم يقر التصرف باقى الشركاء أو يملك المتصرف الجزء المتصرف فيه ملكية مفرزة بأى سبب من الاسباب (١) .

ومع ذلك فقد ذهب البعض الى أن تصرف الشريك المشتاع يترتب عليه أثره العينى — بانتقال الملكية — قبل الكافة عدا بقية الشركاء (٢) .

فاذا تمت القسمة ، فقد رتب المشرع المصرى فى المادة ٨٢٦/٢ على صحة التصرف الصادر من الشريك المشتاع فى جزء مفرز من الشيء الشائع، أنه اذا وقع هذا الجزء فى نصيب المتصرف ثبت حق المتصرف اليه على هذا الجزء ، أما اذ « لم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى المتصرف بطريق القسمة » . ومعنى ذلك أنه فى هذه الحالة الاخيرة ينتقل حق المتصرف اليه الى قدر مما وقع فى نصيب المتصرف يعادل قيمة الجزء الذى تصرف فيه .

(١) فى هذا المعنى : اسماعيل غانم ، ص ١٩٩ ، ه ٢ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٦٩ .

(٢) حسن كيرة ، الحقوق العينية الاصلية ، بند ١٢٢ بالهامش ، وبحته المشار اليه ، بند ٧ . وأنظر فى نقد هذا الراى وما يترتب عليه من صعوبات عملية ونتائج شاذة : اسماعيل غانم ، الموضع السابق ، منصور مصطفى منصور ، ص ١٧٤ ، بند ١ .

وتفسير ذلك — فيما يذهب اليه الفقه الغالب — أن المشرع قد اتخذ من فكرة الحلول العينية وسيلة للإبقاء على أثر التصرف الصحيح الصادر من الشريك رغم أن القسمة قد أسفرت عن وقوع الجزء المتصرف فيه في نصيب شريك آخر ، مما لا يكون معه هذا التصرف نافذا في حقه ، وذلك بإحلال الجزء الذى وقع في نصيب الشريك المتصرف محل الجزء المتصرف فيه أصلا (١) .

غير أن التسليم بأن التصرف في جزء مفرز لا يرتب سوى التزامات وحقوق شخصية ، قد يحول دون اعمال فكرة الحلول العينية في هذه الحالة . لذلك يذهب رأى آخر الى الاكتفاء بالقول بأن المشرع قد قضى بتنفيذ الالتزامات بنقل الملكية ، أو اعطاء الحق بصفة عامة ، على غير محله الذى ورد عليه ابتداء (٢) .

وقد بينت المادة ١٠٣٩/٢ من التقنين المدنى المصرى اجراءات انتقال حق المتصرف اليه اذا كان التصرف الصادر من الشريك رهنا رسميا بنصها على أنه « اذا رهن أحد الشركاء .. جزءا مفرزا من العقار (الشائع) ، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التى رهنها انتقل الرهن بمرتبته الى قدر من هذه الاعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهونا فى الاصل ، ويعين هذا القدر بأمر على عريضة ، ويقوم الدائن المرتهن باجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذى انتقل اليه الرهن فى خلال تسعين يوما من الوقت الذى يخطره فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة . ولا يضر انتقال

(١) اسماعيل غانم ، بند ٧٧ ، حسن كيرة ، الحقوق العينية الاصلية ، بند ١٢٢ ، ص ٣٣٨ ، هـ ١ .

(٢) منصور مصطفى منصور ، بند ٦٩ ، ورسالته فى الحلول العينية فى القانون المدنى المصرى ، بند ٩٦ . وقارب السنهورى ، بند ٥٣ .

الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين » • ويذهب الفقه الى اتباع هذه الاجراءات أيا كان التصرف الصادر من الشريك ، بطريق القياس ^(١) •

حكم تصرف أحد الشركاء في الشيء الشائع أو في جزء منه بالنسبة لبقية الشركاء :

١٣٩ — اذا كان تصرف الشريك المشتاع في الشيء الشائع أو في جزء منه يعتبر تصرفا منه فيما لا يملك فهو بهذه المثابة يشكل مساسا بحقوق الشركاء الآخرين الذين لهم حقوق على الشيء الشائع مثلهم في ذلك مثل الشريك المتصرف • والقاعدة العامة ان كل عمل من الاعمال يقوم به الشريك منفردا على الشريك الشائع ويترتب عليه المساس بحقوق شركائه يكون غير نافذ في حقهم • ويترتب على ذلك أنه اذا قام أحد الشركاء ببيع الشيء الشائع أو جزء مفرز منه أو قام برهنه أو بانشاء حق عيني آخر عليه فلا يكون للمشتري أو الدائن المرتهن أو صاحب الحق العيني الاخر أن يحتج بحقه على بقية الشركاء سواء قبل القسمة أو بعدها ، حتى مع اعتباره صحيحا بين طرفي التصرف في القانون المصري نزولا على حكم المادة ١/٨٢٦ من القانون المدني ، ويكون لهؤلاء أن يصدورا في تصرفاتهم على أساس عدم وجود التصرف ، بل ويكون لهم اذا ما كان التصرف بيعا مثلا

(١) يلاحظ أن التصرف ينتقل وفقا للمادة ٢/٨٢٦ الى جزء من العقار ذاته ، بينما الرهن الرسمي وفقا للمادة ٢/١٠٣٩ قد ينتقل الى عقار مستقل تماما عن العقار الذي ورد الرهن ابتداء على جزء منه • ويرى البعض (منصور مصطفى منصور ، بند ٧٠) أن حكم المادة ٢/١٠٣٩ محل نظر لان المشرع لم يشترط لانتقال الرهن الى عقار مستقل عن العقار المرهون أن يكون الجزء المرهون في العقار الاول مساويا في القيمة لحق الراهن فيه ، مما قد يضر ، دون مبرر مقبول ، بدائني الراهن الذين ارتهنوا منه أثناء الشيوع حقه في العقار الذي ينتقل اليه الرهن •

واستطاع الشريك البائع تسليم الشيء الشائع أو الجزء الذي باعه منه الى المشتري أن يرفعوا عليه دعوى الاستحقاق للاعتراف بحقوقهم فيه باعتبار هذه الحقوق ترد على الشيء كله ، لا للحصول على جزء مادي معين منه يعادل حصة كل منهم ، دون انتظار لنتيجة القسمة .

على أن محكمة النقض المصرية لم تأخذ بهذه القاعدة المنطقية الواضحة في ظل القانون المدنى القديم . فقد ذهبت الى أنه ليس للشريك أن يرفع دعوى الاستحقاق الا بعد القسمة ووقوع المبيع في نصيبه هو لا في نصيب الشريك البائع (١) .

والواقع أن هذا القضاء ينبع من نفس الرغبة التى حدثت بالمحكمة في ظل القانون القديم الى اجازة أعمال الادارة الصادرة من الشريك منفردا رغم ما يكون فيها من مساس بحقوق الشركاء الآخرين ، والتى سبقت الاشارة اليها ، وهى تمكين الشريك من الحصول على أقصى ما يستطيع من منافع الشيء الشائع . ولقد كان مبعث هذه الرغبة أن القانون المدنى القديم كان يستلزم اجماع الشركاء للوصول الى قرار ملزم فى ادارة الشيء الشائع أو التصرف فيه مما كان يترتب عليه أنه كانت تكفى معارضة واحد من الشركاء مهما قل نصيبه لتعطيل الانتفاع بالشيء الشائع أو التصرف فيه . وقد بينا كيف أن المشرع قد تجنب مثل هذا الوضع الضار بتمكين الاغلبية من اتخاذ قرار ملزم سواء فيما يتعلق بالادارة أو التصرف .

(١) انظر :

- نقض مدنى ١٦/٦/١٩٣٢ : مجموعة القواعد القانونية ، ج ١ ، ص ٣٧٤ ،
نقض مدنى ١٥/٢/١٩٤٩ : المجموعة السابقة ، ج ١ ، ص ٣٧٤ ،
نقض مدنى ١٧/١٢/١٩٥٠ : المجموعة السابقة ، ج ١ ، ص ٣٧٥ ،
نقض مدنى ٣٠/٦/١٩٥٥ : المجموعة السابقة ، ج ١ ، ص ٣٧٥ .

ولذلك لم يعد لهذا القضاء سند من القانون أو من الواقع ، ويتعين القول بأن تصرف الشريك المشتاع في الشيء الشائع أو في جزء مفرز منه لا ينفذ في حق الشركاء المشتاعين بكل ما يحمل عدم النفاذ من نتائج قانونية (١) .

على أنه يلاحظ أنه اذا تعلق التصرف بمنقول وحازه المتصرف اليه ، من مشتر أو دائن مرتهن ، بحسن نية ، فانه يكتسب الملكية أو الرهن بمقتضى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية (م ٣٠٧ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية — م ٥٧٦/٦ ، ١١١٨ من التقنين المدني المصري) مما يعطل اعمال مبدأ عدم نفاذ البيع أو الرهن في حق الشركاء الآخرين من الناحية العملية .

المبحث الثاني

القسمة

١٤٠ — رأينا كيف أن الشيوع كثيرا ما يكون سببا في تعطيل الانتفاع بالشيء الشائع . صحيح أن المشرع اللبناني قد تفادى الى حد ما وان المشرع المصري قد تفادى الى حد كبير ، هذا التعطيل بتحويله أغلبية الشركاء حق اتخاذ قرار يسرى على الاقلية فيما يتعلق بادارة الشيء الشائع أو فيما يتعلق بادارته والتصرف فيه . ولكن يبقى أن استقلال الشخص بتوجيه الانتفاع بملكه كثيرا ما يكون أجدى من الانتفاع المشترك ، بما يتضمنه من حافز على العمل والابداع ، فضلا عن أن الشيوع بطبيعته مثار

(١) اسماعيل غانم ، بند ٧٦ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٩ ، والمراجع المشار اليها في ص ١٧٨ هـ ٢ . وانظر كذلك في اصرار محكمة النقض على موقفها حتى في ظل القانون المدني الجديد : نقض مدني ١٩٥٥/٦/٢٨ ، مجموعة أحكام النقض ، س ٧ ، رقم ١٠٧ ، ص ٧٦٠ .

منازعات بين الشركاء نظرا لتزاحم ملكياتهم على الشيء الواحد ، وهي
منازعات ليس في الامكان تلافيها بأى تنظيم يضعه المشرع للشيوع . لذلك
كان المبدأ العام في الشيوع هو حق كل شريك في طلب القسمة حتى يتخلص
من الشيوع وينفرد بجزء مفرز من الشيء الشائع يرد عليه حقه وحده دون
غيره . فالمادة ٨٤٠ من قانون الموجبات والعقود اللبناني (بعد تعديلها
بقانون ٢١ كانون الاول سنة ١٩٥٤) تنص على أنه « لا يجبر أحد على
البقاء في الشيوع ، فلكل شريك أن يطلب القسمة » . والمادة ٨٣٤ من
التقنين المدنى المصرى تنص على نفس المبدأ بقولها « لكل شريك أن يطلب
بقسمة المال الشائع » . وحق كل شريك في طلب القسمة على هذا
النحو « لا يسرى حكم مرور الزمن » عليه على نحو ما يقرره المشرع
اللبنانى فى المادة ٨٤٣ من قانون الموجبات ، اذ أن هذا الحق يرتفع وجوده
بوجود حالة الشيوع ومن ثم يظل باقيا ما بقيت هذه الحالة دون أن يسرى
التقادم على دعوى المطالبة به .

غير أنه اذا كان الاصل هو حق كل شريك فى طلب القسمة ، فقد يكون
هناك من الاعتبارات ما يعلو على هذا الاصل ويسوغ الخروج عليه .
وهذه الاعتبارات يقدرها القانون اذا كانت اعتبارات موضوعية لا تحتل
الشك ، ويعهد للقاضى بتقديرها اذا كانت اعتبارات تتعلق بالظروف التى
تتم فيها القسمة ومدى ملائمتها أو كانت اعتبارات شخصية خاصة بالشركاء
الذين هم فى حاجة الى سلطة القاضى الولائية فى مراعاة شئونهم ، ويترك
للشركاء أنفسهم هذا التقدير اذا كانت اعتبارات شخصية ولم يكن الشركاء
فى حاجة الى رعاية من سلطة القاضى الولائية .

١٤١ - على هذا النحو ، فقد تكفل القانون اللبنانى بالنص فى المادة
٨٤٢ من قانون الموجبات والعقود على أنه لا يجوز طلب القسمة اذا كان
موضوع الشركة أشياء لا تبقى بعد قسمتها صالحة للاستعمال المعدة
له ، كما تكفل القانون المصرى بالنص فى المادة ٨٥٠ على أنه « ليس
للشركاء فى مال شائع أن يطلبوا قسمته اذا تبين من الغرض الذى أعد له
هذا المال ، أنه يجب أن يبقى دائما على الشيوع » . فالاستعمال أو

التخصيص المعد له الشيء الشائع اعتبار موضوعي يقتضى منع قسمة هذا الشيء اذا كانت القسمة تتعارض مع هذا التخصيص ، وهو ما سوف نعرض له بالتفصيل عند دراسة الشيوخ الاجباري .

والقسمة برغم أن طلبها حق لكل شريك ، الا أن طلبها في وقت معين قد يكون غير ملائم لمصلحة بقية الشركاء بالنظر الى الظروف التي تتم فيها .
لذلك فالمرجع اللبناني بعد أن يقرر حق كل شريك في طلب القسمة في المادة ٨٤٠ من قانون الموجبات يسترسل بقوله « انما للمحكمة أن توقف دعوى القسمة مؤقتا اذا تحقق لديها عدم ملائمة الظروف لاجرائها » .

والقسمة قد تكون ضارة بمصلحة القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من الشركاء ، وهو اعتبار شخصي قد لا يؤمن ترك تقديره للنائب القانوني عنه فيجب أن يترك أمر تقديره للقاضي . ولذلك نصت المادة ٤١ من قانون الولاية على المال في مصر على أنه « اذا رفعت دعوى القسمة على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر ، فللمحكمة بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة ، أن توقف القسمة لمدة لا تتجاوز خمس سنوات اذا ثبت لها أن في التعجيل بها ضررا جسيما » .

١٤٢ — والشركاء بعد ذلك قد يقدر أن من مصلحتهم البقاء في الشيوخ مدة معينة يستلزمها استثمار معين أو يقتضيها القيام باصلاح معين فيه ، فيلجئون الى الاتفاق على البقاء في الشيوخ هذه المدة ، فيكون هذا الاتفاق ملزما لهم ولمن يأتي بعدهم من خلف عام أو خاص . والاصل أن يصدر مثل هذا الاتفاق من جميع الشركاء ، فاذا صدر من بعضهم دون البعض الآخر ، كان ملزما لمن صدر منهم دون الآخرين (١) .

وقد راعى كل من المشرع اللبناني والمشرع المصري في اجازته البقاء في الشيوخ بناء على اتفاق أن يكون مؤقتا ، والا ترتب عليه الغاء المبدأ

(١) اسماعيل غانم ، بند ٨٨ ، حسن كيرة ، المرجع السابق ، بند ١٣٦ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٧٥ ، السنهوري ، بند ٥٣٧ .

Encyclopédie Dalloz, T. 2, sous la direction de M. L. Carré de Saubert, No. 212.

العام من حق كل شريك في طلب القسمة بما قد يجاوز الغرض المقصود من ورائه ، فقررا في المادة ٨٤١ من قانون الموجبات والعقود اللبناني وفي المادة ٨٣٤ من التقنين المدني المصري مدة خمس سنوات كحد أقصى له . فاذا جاوزت المدة المتفق عليها للبقاء في الشيوخ هذا الحد كان الاتفاق ملزما للشركاء لمدة خمس سنوات دون ما يجاوز ذلك . ويرى الفقه السائد في مصر ^(١) أن انقاص المدة في هذه الحالة ليس الا تطبيقا للقواعد العامة في البطلان الجزئي التي نصت عليها المادة ١٤٣ من القانون المدني بقولها « اذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، الا اذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله » . وبناء على ذلك يذهب هذا الفقه الى أنه اذا تبين أن الشركاء ما كانوا ليرتضوا الالتزام بالبقاء في الشيوخ لمدة خمس سنوات فحسب ، فان اتفاقهم على أجل يجاوز هذه المدة يكون باطلا كله ، فلا يكتفى بانقاص المدة التي يمتنع طلب القسمة خلالها وانما لا يتقيد الشركاء باتفاقهم حتى لمدة خمس سنوات . ولكننا نرى أن انقاص المدة ليس تطبيقا للبطلان الجزئي وانما هو تطبيق لفكرة تعديل العقد . والتعديل على عكس البطلان لا يتوقف على ارادة أطراف العقد . فاذا اتفق على البقاء في الشيوخ مدة تجاوز خمس سنوات أنقصت المدة الى خمس سنوات ولو تبين أن الشركاء ما كانوا ليرتضوا البقاء في الشيوخ لمدة خمس سنوات فقط ^(٢) . ونعتقد أن هذا الحل يتفق تماما مع نص المادة ٨٤١ من قانون الموجبات اللبناني التي تنص — بعد تقريرها لجواز الاتفاق على البقاء في الشيوخ مدة خمس سنوات — على أنه « ولا عبرة لاية زيادة على هذا الحد » .

واذا كان لا يجوز الاتفاق على البقاء في الشيوخ مدة تزيد على خمس سنوات فان ذلك لا يمنع — بعد انقضاء المدة المتفق عليها — من الاتفاق

(١) اسماعيل غانم ، بند ٨٨ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ١٣٨ ، حسن كيرة ، المرجع السابق ، بند ١٣٦ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٧٥ ، السنهوري ، ص ٥٨٥ ، هـ ٢ .

(٢) راجع في الفرق بين التعديل والبطلان رسالتنا سالفة الذكر .

من جديد على مدة أخرى • فإذا اتفق الشركاء على تجديد اتفاقهم بمنع طلب القسمة لمدة خمس سنوات أخرى قبل انقضاء المدة الأولى فتحتسب المدة الجديدة من وقت الاتفاق عليها لا من وقت انقضاء المدة السابقة والا ترتب على ذلك إلزام الشركاء بالبقاء في الشيوخ لمدة تزيد على خمس سنوات • ولكن لا يجوز الاتفاق مقدماً على التجديد لمدة متعاقبة (١) •

وإذا كان يجوز الاتفاق على الالتزام بالبقاء في الشيوخ مدة لا تتجاوز خمس سنوات فهل يصح مثل هذا الشرط إذا ورد في الوصية التي تلقى الشركاء بمقتضاها الشيء الشائع إذا كان الشيوخ قد نشأ عن وصية ؟ يذهب الفقه إلى أن الجوهرى في نصوص القانون التي تجيز الاتفاق على البقاء في الشيوخ مدة خمس سنوات هو تحديد مدة لا يتجاوزها الالتزام بالبقاء في الشيوخ وليس ارتضاؤهم والالتزام ، ومن ثم فإذا كان من الجائز أن تمنع الوصية الشركاء الموصى لهم من التصرف في الشيء الشائع فيجوز من باب أولى أن تمنعهم من قسمته خلال مدة معينة لا تتجاوز الحد القانونى إذا كان لذلك باعث مشروع (٢) •

ويرى البعض أنه إذا كان هناك اتفاق بين الشركاء على قسمة مهياة فلا يجوز طلب القسمة قبل انقضاء مدتها والا كان في ذلك نقض لقسمة المهياة وهو ما لا يجوز الا باتفاق الشركاء جميعاً (٣) • غير أن البعض

(١) في هذا المعنى : محمد على عرفة ، بند ٣١٩ ، عبد المنعم البدرأوى ، بند ١٥١ ، اسماعيل غانم ، بند ٨٨ ، حسن كيرة ، بند ١٣٦ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٧٥ ، السنهورى ، بند ١٣٧ •

Aubry et Rau, T. 10, No. 662, Planiol, Repert et Boulanger, T. 3, No. 2798.

(٢) اسماعيل غانم ، بند ٨٨ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ١٣٨ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٧٥ • عكس ذلك محمد على عرفة ، بند ٣١٩ ، عبد المنعم البدرأوى ، بند ١٥١ ، حسن كيرة ، المرجع السابق ، بند ١٣٦ • (٣) محمد على عرفة ، بند ٣٣٨ •

الآخر يلاحظ بحق أن قسمة المهايأة ترد على منفعة الشيء الشائع وليس على ملكيته ومن ثم فنفاذها مرتبط ببقاء الشيوع نفسه (١) .

وإذا كان الاتفاق بين الشركاء على البقاء في الشيوع لمدة لا تتجاوز ثلاث سنوات ملزماً لكل شريك على النحو السابق بحيث يتمتع عليه خلال هذه المدة طلب القسمة ، فإن المشرع اللبناني في المادة ٨٤١/٢ من قانون الموجبات والعقود يخول للمحكمة الحق في أن « . . . تقضى حتى أثناء المدة المعينة بإزالة الشيوع إذا بدت لها أسباب قوية طارئة تبرر ذلك » . وليس هذا الحكم سوى تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق . فحق البقاء في الشيوع الذي ينشأ عن الاتفاق المبرم وفقاً للمادة ٨٤١/١ موجبات ، كأي حق آخر يجب أن يخضع للمبدأ العام في عدم التعسف في استعماله ، بحيث إذا طلب أحد الشركاء القسمة رغم وجود اتفاق على البقاء في الشيوع لم ينقض أجله وتمسك شركائه بهذا الاتفاق ، فللمحكمة أن تقضى رغم ذلك بالقسمة إذا وجدت أسباباً طارئة تبرر التعجيل بها . وقد كان النص المقابل للمادة ٨٣٤ من القانون المدني المصري في مشروع هذا القانون يخول المحكمة — بناء على طلب أحد الشركاء — إطالة المدة المتفق عليها ولو تجاوزت الخمس سنوات أو الأمر بالقسمة قبل انقضائها إذا وجد مبرر لذلك ، ولكن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ قد استقرت أخيراً على

(١) اسماعيل غانم ، بند ٨٨ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ١٣٨ ، منصور مصطفى منصور بند ٧٥ .

ونحن وأن كنا من هذا الرأي الأخير ، إلا أننا ننبه إلى أنه في حالة قسمة المهايأة الزمانية يترتب على القسمة النهائية أضرار بالشريك الذي لم يستوف المدة المحددة له للانتفاع بالشيء كله بمقتضى قسمة المهايأة الزمانية . ولذلك نرى أنه إذا ما طلبت القسمة النهائية قبل أن يستوفي أحد الشركاء أو بعضهم المدة المقابلة لما انتفع به شركائه بالشيء ، فإنه يكون لهذا الشريك أن ينتفع بالشيء الشائع كله حتى يستوفي هذه المدة الأخيرة بالرغم من وقوع القسمة وخروج أنصبة شركائه من ملكيته .

حذف النص الذى يثبت للمحكمة هذه السلطة « توخيا لاستقرار التعامل » (١) . ومع ذلك فنرى الاخذ فى ظل القانون المدنى المصرى كذلك بمضمون هذا النص ، رغم حذفه ، باعتباره مجرد تطبيق لبدأ عدم التعسف فى استعمال الحق الذى تقرره المادة الخامسة من هذا القانون (٢) .

وسوف نعرض للقسمة فى مطلبين نبين فى الاول منهما طرقها ونبين فى الاخر أثارها :

المطلب الاول

طرق القسمة

١٤٣ — الاصل أن تتم القسمة باتفاق جميع الشركاء فتكون القسمة اتفاقية . على أنه قد يتعذر الوصول الى اجماع الشركاء مما يلزم معه الرجوع الى القضاء ليتولى بنفسه اجراء القسمة فتكون القسمة قضائية . غير أن المشرع المصرى قد أضاف الى هذين الطريقتين من طرق القسمة المشتركين بينه وبين القانون اللبنانى طريقا ثالثا هو القسمة التى تتم بقوة القانون اذا ما كان هناك قسمة مهاية مكانية استمرت مدة خمس عشرة سنة .

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ٦ ، ص ١٠٠ — ١٠٤ .

(٢) فى هذا المعنى : حسن كيرة ، الحقوق العينية الاصلية ، هامش ص ٤٦٤ ، دروس فى الحقوق العينية الاصلية ، ص ٢١٠ — ٢١٢ ، السنهورى ، ص ٨٨٨ هـ ٤ . وقارن : اسماعيل غانم ، بند ٨٨ .

١ - الاتفاق على القسمة

١٤٤ - القسمة الاتفاقية عقد يخضع في انعقاده وفي صحته وفي أوصافه ^(١) وفي اثباته للقواعد العامة ، ما لم يرد بشأنها حكم خاص . والاصل أن يكون الاتفاق على القسمة صريحا كما تقدم . على أن مثل هذا الاتفاق قد يستخلص ضمنا من الظروف التي تدل بذاتها على اتفاق الشركاء على قسمة الشيء الشائع قسمة نهائية . من ذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية من أنه إذا تصرف أحد الشركاء المشتاعين في جزء مفرز من الشيء الشائع ، ثم تابعه سائرهم في التصرف في أجزاء مفرزة ، فإن تصرفهم هذا يدل على رضائهم بهذه القسمة الفعلية التي تمت بفعل جميع الشركاء على السواء ، فلا يجوز لايهم بعد ذلك طلب تثبيت ملكيته لنصيبه شائعا في الشيء كله ^(٢) . ومن الواضح أن مجرد استقلال كل شريك بجزء مفرز من الشيء الشائع وسكوته عن معارضة الباقيين فيما استقل به كل منهم لا يمكن أن يستخلص منه ارادة ضمنية بالقسمة المنهية للشيوع وان كان من الممكن اعتباره من قبيل الاتفاق الضمني على قسمة المهايأة .

وإذا كان يلزم اجماع الشركاء على القسمة - في غير الصورة السابقة المعروفة بالقسمة الفعلية - فالمقصود هو ضرورة تطلب الاجماع حتى تنتج القسمة أثرها في فض الشيوع . ومعنى ذلك أنه يمكن لبعض الشركاء الاتفاق على القسمة ، بحيث يكون هذا الاتفاق صحيحا ملزما لاطرافه

(١) فيجوز أن تكون القسمة معلقة على شرط تعليق (شرط واقف) كما اذا علق على ثبوت ملكية شيء من الأشياء الداخلة فيها للشركاء ، أو على شرط الغاء (شرط فاسخ) كما اذا علق على تحول شيء من الأشياء الداخلة فيها من أرض زراعية الى أرض بناء خلال فترة معينة .

(٢) نقض مدنى ١٩٤٤/١٢/٢١ ، القواعد القانونية التي قدرتها محكمة النقض في خمسة وعشرين عاما ، ج ٢ ص ٨٦ .

لا يجوز لاحدهم التحل منه بحجة تخلف بعض الشركاء عن الاشتراك فيه ، ولكن مثل هذا الاتفاق لا يكون ملزماً لباقي الشركاء . ويترتب على ذلك أن الاتفاق بين بعض الشركاء لا يفض الشيوخ ، ولكن اذا أقره الشركاء المتخلفون ترتب عليه هذا الاثر (١) .

وقد نصت المادة ٩٤١ من قانون الموجبات والعقود اللبناني (بعد تعديلها بقانون ٢١ كانون الاول سنة ١٩٥٤) على أنه « للشركاء أن يتفقوا على القسمة بالطريقة التي يرونها واذا كان بينهم غير ذى أهلية أو غائب غيبة متقطعة ، فلا يكفى موافقة ممثله الشرعى بل يجب أن يحكم القاضى المدنى المختص بالتصديق على القسمة لتصبح نافذة » . كذلك نصت المادة ٨٢٥ من القانون المدنى المصرى على أنه « للشركاء اذا انعقد اجمعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها . فاذا كان بينهم من هو ناقص الاهلية وجب اتباع الاجراءات التى نص عليها القانون » . والمقصود بالاجراءات المشار اليها فى المادة ٨٢٥ المذكورة هو الاجراءات التى نص عليها قانون الولاية على المال فى مصر . فالمادة ٤٠ من هذا القانون تنص على أنه « على الوصى أن يستأذن المحكمة فى قسمة مال القاصر بالتراضى اذا كانت له مصلحة فى ذلك . فاذا أذنت المحكمة عينت الاسس التى تجرى عليها القسمة والاجراءات الواجبة الاتباع . وعلى الوصى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها . وللمحكمة فى جميع الاحوال أن تقرر اتخاذ اجراءات القسمة القضائية » . ونصت المادة ٨٩ على أنه « يسرى فى شأن قسمة مال الغائب والمحجور عليه ما يسرى فى شأن قسمة مال القاصر من أحكام » .

(١) نقض مدنى ١٩٥٠/٢/٢٣ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١ ، رقم ٧٣ ، ص ٢٧٦ ، نقض مدنى ١٩٥٥/٥/١٩ ، المجموعة السابقة ، س ٦ ، رقم ١٥٣ ، ص ١١٥٢ .

ويتضح من هذه النصوص أنه يمكن قسمة الشيء الشائع — سواء في لبنان أو في مصر — اذا اتفق على ذلك جميع الشركاء ، ويكون للشركاء كامل الحرية في اختيار طريقة القسمة ، عينا أو بطريق التصفية عن طريق بيع الشيء واقتسام ثمنه . ولا يمنع من القسمة الاتفاقية أن يكون بين الشركاء شريك غير كامل الاهلية أو غائب ، غاية ما في الامر أن هذه القسمة تخضع لرقابة المحكمة . غير أن هذه الرقابة رقابة لاحقة في القانون اللبناني بينما هي رقابة سابقة ولاحقة في آن واحد في القانون المصري فالمرجع المصري لا يكتفى بتصديق المحكمة على القسمة كما يفعل المشرع اللبناني وانما يوجب أن يقوم النائب عن غير كامل الاهلية ان كان وصيا أو قيما أو وكيل الغائب باستئذان المحكمة قبل القسمة الانفاقية ، فاذا أذنت بها حددت أسسها واجراءاتها وتعين على طالب الاذن عرض نتيجتها عليها بعد اجرائها للتصديق ، حتى تكون نافذة في حق القاصر ومن في حكمه ^(١) ولا يتعين الالتجاء الى القسمة القضائية الا اذا رفضت المحكمة هذا الاذن أو لم تطمئن الى نتيجة القسمة . كذلك فان هذه الرقابة اللاحقة في القانون اللبناني شاملة لحالة ما اذا كان النائب عن غير كامل الاهلية وليا أو وصيا — بجانب حالة وكيل الغائب ^(٢) ، بينما الرقابة في القانون المصري قاصرة على حالة ما اذا كان النائب عن غير كامل الاهلية وصيا —

(١) فاذا لم تراعى هذه الاجراءات كانت القسمة قابلة للإبطال لصالح القاصر ومن في حكمه (نقض مدني ١٩٦٤/١/٢٣ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١٥ ، رقم ٢٤ ، ص ١٣١) .

(٢) قضت محكمة التمييز في ١٩٥٩/١٠/٢٨ (مجموعة باز ، ١٩٥٩ ص ١٨٥ وما بعدها) بأن ابطال قرار فرض القوامه له أثر رجعي ، الا أن القيم هو وكيل تضامني ولما كانت الاعمال التي يجريها الوكيل باسم الموكل تعتبر صحيحة اذا كان يجهل انتهاء الوكالة وكان المتعامل معه كذلك يجهل ذلك ، لذلك فالقسمة التي يجريها القيم تكون صحيحة رغم الغاء القوامه اذا كان لا يعلم بذلك هو ومن يقتسم معهم .

بجانب حالة وكيل الغائب • أما اذا كان النائب عن غير كامل الاهلية وليا ، سواء كان الاب أو الجد ، فلا تلزم هذه الرقابة في القانون المصرى ^(١) . فاذا باشر القاصر ومن في حكمه القسمة بنفسه كان العقد قابلا للإبطال لكون القسمة من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ^(٢) .

١٤٥ — ويخضع الاتفاق على القسمة للقواعد العامة فيما يتعلق بوجوده الطعن المختلفة فيه • وقد قرر المشرع اللبناني ذلك صراحة بنصه في المادة ٩٤٧ من قانون الموجبات والعقود على أنه « لا يجوز ابطال القسمة سواء أكانت اتفاقية أم قانونية أم قضائية الا بسبب الغلط أو الاكراه أو الخداع أو الغبن » وينص في المادة ٩٤٩/١ على « أن ابطال القسمة للأسباب التي عينها القانون يرجع كلا من المتقاسمين الى الحال التي كان عليها من الوجهة القانونية والعملية عند حصول القسمة ، مع مراعاة الحقوق التي اكتسبها شخص ثالث حسن النية وفاقا للاصول ومقابل بدل •• » ولم يخرج المشرع اللبناني على القواعد العامة في الابطال الا في تقريره في المادة ٩٤٩/٢ أنه « •• يجب أن تقام دعوى الابطال في السنة التي تلى القسمة ولا تقبل بعد انقضائها » بينما القواعد العامة لا تسقط دعوى الابطال الا بمرور عشر سنوات (م ٢٣٤ موجبات) •

(١) ومعنى ضرورة حصول الوصى أو القيم أو وكيل الغائب دون الولي على الاذن أن القسمة تعتبر من أعمال التصرف وليس من أعمال الادارة (قارب السنهورى ، بند ٥٤٣) فاذا جاز ذلك فانه يصح القول بضرورة حصول الولي على هذا الاذن اذا كان هو الجد ، اذ الجد لا يجوز له التصرف الا باذن المحكمة .

(٢) نقض مدنى ٦٢/٥/٣ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١٣ ، رقم ٨١ ، ص ٥٩٥ .

على أن المشرع المصرى قد وضع أحكاما خاصة بالغبن فى القسمة بالاتفاق فنص فى المادة ٨٤٥ من التقنين المدنى على أنه :

« ١ — يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضى اذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس ، على أن تكون العبرة فى التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة •

٢ — ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة • وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد اذا أكمل للمدعى نقدا أو عينا ما نقص من حصته » •

فهذا النص يختلف عن القواعد العامة فى الاستغلال — فى القانون المصرى واللبنانى على السواء — فى أنه يكتفى لامكان نقض القسمة بتوافر الاختلال المادى بين أنصبه الشركاء دون استلزام توافر العنصر النفسى المتمثل فى استغلال المتعاقد الآخر لهوى بين أو طيش جامع فى الطرف المغبون • ومرد ذلك ما تقتضيه وظيفة القسمة من سيادة مبدأ المساواة بين المتقاسمين فى حصول كل منهم على جزء مفرز يوازى حقه الشائع •

على أن المشرع المصرى لم يساير هذا المنطق الى النهاية باباحة نقض القسمة كلما كان هناك اختلال مادى بين الانصبه ، وانما استلزم لذلك أن يكون الغبن الذى لحق أحد المتقاسمين يزيد على الخمس • ولعل المشرع المصرى قد راعى فى ذلك تحقيق نوع من الاستقرار فى التعامل ، وهو ما قد يودى به اباحة نقض القسمة اذا توافر فيها أى غبن كان •

والعبرة في تقدير الغبن بقيمة الشيء المقسم وقت القسمة لا وقت قيام الشئوع . وهذا ما يقتضيه أيضا مبدأ تحقيق المساواة في حصول كل من الشركاء على ما يعادل حقه الشائع .

فاذا توافر الغبن على النحو المذكور كان للمتعاقد المغبون أن يرفع دعوى بنقض القسمة خلال السنة التالية لها والا سقط حقه فيها ، خلافا للقواعد العامة في الإبطال (١) . ويترتب على نقص القسمة اعتبارها كأن لم تكن والرجوع الى الشئوع السابق على ابرامها بما يترتب على ذلك من زوال الحقوق التي يكون أحد الشركاء قد رتبها على الجزء المفرز الذي كان قد وقع في نصيبه مع مراعاة حقوق الغير حسن النية . على أن المشرع المصري قد خول المدعى عليه في دعوى نظر القسمة تفادى هذا النقص اذا أكمل للمدعى ما نقص من حصته نقدا أو عينا (٢) .

(١) ومدة السنة مدة سقوط وليست مدة تقادم فلا يرد عليها الوقف أو الانقطاع .

ويلاحظ أن دعوى نقض القسمة تختلف في مدة سقوطها عن مدة سقوط دعوى تكملة الثمن في بيع عقار غير كامل الاهلية في القانون المصري فهذه الأخيرة تسقط بمضي ثلاث سنوات من وقت توافر الاهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار المبيع .

(٢) فلا يكفي — على عكس الحال في بيع عقار غير كامل الاهلية في القانون المصري — أن تكمل حصة المتقاسم المغبون الى أربعة أخماس ما يستحق . وهذا الفرق بين الغبن في القسمة والغبن في بيع عقار غير كامل الاهلية مفهوم على ضوء مقتضى القسمة من تحقيق المساواة التامة بين المتقاسمين .

٢ - دعوى القسمة

١٤٦ - اذا لم يكن الشركاء ملزمين بالبقاء في الشيوخ ولم يتفقوا على القسمة كان على من يريد الخروج من الشيوخ أن يكلف باقى الشركاء الحضور أمام المحكمة حتى تقوم بنفسها بقسمة الشئ الشائع . على أن للمحكمة أن تقرر من تلقاء نفسها القسمة القضائية اذا لم تر الموافقة على القسمة الاتفاقية التى أبرمها الولى الشرعى نيابة عن غير كامل الاهلية أو الغائب فى القانون اللبنانى ، أو اذا لم تأذن لوصى غير كامل الاهلية أو قيمه أو الغائب بالقسمة الاتفاقية ، أو اذا كانت قد أذنت بذلك لكنها لم ترد التصديق على القسمة الاتفاقية لاجحافها بمثل هذا الشريك فى القانون المصرى ، اذا كان فى الشيوخ شريك غير كامل الاهلية أو شريك غائب ، على نحو ما رأينا .

ودعوى القسمة كما هو واضح من النص ترفع من الشريك على شركائه . والشريك هو من له حق شائع فى الشئ سواء كان شريكا أصليا أو كان خلفا عاما أو خاصا تلقى ملكية الحق الشائع من سلفه ^(١) . فلا ترفع الدعوى ممن اشترى جزء مفرزا من أحد الشركاء أثناء الشيوخ أو عليه ، اذ أن البيع وان كان صحيحا بحيث يعتبر هذا المشتري دائما للبائع الا أنه لا يلزم باقى الشركاء ولا يرتب أثره العينى ، فيكون الشريك البائع هو

(١) ويجب أن يقوم مشتري الحق الشائع بقيد عقده فى السجل العقارى أو تسجيله حتى تنتقل اليه ملكيته ويصير شريكا (نقض مدنى ١٩٦٠/٤/٢١ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١١ ، رقم ٤٩ ، ص ٣٣٤) . وقد قضت محكمة النقض بأن الشريك الذى يبيع حقه الشائع بعد رفع دعوى القسمة لا يعتبر ممثلا للمشتري طالما سجل هذا الاخير عقده قبل انتهاء اجراءاتها (نقض مدنى ١٩٥٣/١/٢٣ ، مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما ، ج ١ ص ٦٣) .

صاحب الحق في رفع دعوى القسمة وهو الذي يجب اختصاصه فيها ،
ويكون الحكم الصادر في هذه الدعوى حجة على المشتري • وليس لدائني
الشريك رفع دعوى القسمة بصفة أصلية ، وإنما لهم استعمال حق مدينهم
في طلب القسمة عن طريق الدعوى غير المباشرة إذا توافرت شروطها •

ويجب توجيه الدعوى الى كافة الشركاء • فإذا أغفل في توجيهها أحدهم
لم يكن الحكم الصادر فيها حجة عليه وإن كان حجة على الباقيين الذين
وجهت اليهم الدعوى رغم ذلك ^(١) • على أنه لمن توجه اليه دعوى
القسمة من الشركاء أن يتدخل فيها ، ويصح ادخاله فيها بناء على طلب
المدعى أو المدعى عليه (م ٥٨ أصول محاكمات مدنية لبناني وم ١٥٣ و ١٤٣
مرافعات مصرى) ، كما يجوز للمحكمة أن تأمر بادخاله من تلقاء نفسها (م ٦٥
أصول محاكمات مدنية لبناني و م ١٤٤ مرافعات مصرى) •

١٤٧ — وقد نصت المادة ٩٤٢ من قانون الموجبات اللبناني على أنه
يجب توجيه الدعوى كذلك الى « • أصحاب الحقوق العينية المدرجة
أسمائهم في السجل العقاري أو في كشف المختار في العقارات غير المحرزة
أو المحددة » ونصت المادة ٩٤٣ من نفس القانون على أنه « ما يحق لدائني
الشركة أو لدائني أحد الشركاء المتقاسمين ، المصاب باعسار ، أن يعارضوا
في أن تتم القسمة أو بيع المال المشترك بالمزاد في غيابهم • ويمكنهم التدخل
على نفقتهم ، ويحق لهم أيضا طلب ابطال القسمة اذا كانت قد أجريت
بالرغم من اعترافهم » • كذلك نصت المادة ٨٤٢/١ من التقنين المدني المصري
على أن « لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا أو أن يباع

(١) نقض مدني ١٩٥٥/١/٢٤ ، مجموعة احكام النقض ، س ٦ ، رقم
٢٢٠٩ ، ص ١٥٢٧

المال بالميزان بغير تدخلهم • وتوجه المعارضة الى كل الشركاء ، ويترتب عليها الزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الاجراءات ، والا كانت القسمة غير نافذة في حقهم • ويجب على كل حال ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة » (١) •

وقد قصد المشرع اللبناني والمشرع المصري من هذه النصوص تمكين الدائنين من مراقبة اجراءات القسمة منعا لتواطؤ الشركاء على الاضرار بحقوقهم ، كأن يتفق الشركاء على اختصاص المدين منهم بأشياء لا يجوز الحجز عليها أو بنقود أو منقولات يسهل اخفاءها ، أو على عدم اختصاصه بالجزء المفرز الذي تصرف فيه حتى يفوت على المتصرف اليه غرضه • ومقتضى ذلك أنه يجب على الشركاء ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم في السجل العقاري كدائن صاحب تأمين في القانون اللبناني ودائن صاحب رهن رسمى في القانون المصري ، قبل رفع دعوى القسمة • أما الدائنون المقيدة حقوقهم بعد رفع الدعوى فلا يلزم الشركاء بادخالهم الا اذا قام هؤلاء الدائنون بالمعارضة في أن تتم القسمة بغير تدخلهم وتوجيه هذه

(١) ويلاحظ أن هذه النصوص اللبنانية والمصرية بصياغتها الراهنة تقتصر على القسمة القضائية ، فلا يترتب على معارضة الدائن الزام الشركاء بادخاله في القسمة الاتفاقية رغم أن ذلك ادعى في القسمة الاتفاقية حيث يكون للدائن التدخل دائما من تلقاء نفسه في القسمة القضائية • وقد ترتب على ذلك أن ذهب البعض في مصر الى أن عبارة النص التي تفترض أن القسمة قضائية قاصرة على واجب الشركاء في ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم من غير معارضة ، دون حق الدائن عموما في أن تتم القسمة بغير تدخله الذي يشمل القسمة الاتفاقية (اسماعيل غانم ، بند ١٠ ، منصور مصطفى منصور ، بند ١٧٨) •

وذهب البعض الآخر الى وجوب التوسع في تفسير المادة ٨٤٢ من التقنين المدني المصري بما يجعل حكمها يمتد بأكمله الى القسمة الاتفاقية (السنهوري ، بند ٥٦٣) •

المعارضة الى جميع الشركاء • على أن للدائنين بالطبع أن يتدخلوا في دعوى القسمة من تلقاء أنفسهم عن طريق الانضمام الى مدينيتهم الخصوم فيها طبقا للقواعد العامة (م ٥٨ أصول محاكمات مدنية لبناني و م ١٥٣ مرافعات مصرى) •

فاذا كان على الشركاء واجب ادخال الدائنين — على النحو السابق — ولم يقوموا بادخالهم ، كانت القسمة غير نافذة في حق هؤلاء الدائنين ، فيعود الشيء الى حالة الشيوخ بالنسبة لهم بحيث يكون لهم طلب القسمة من جديد (١) • وقد عبر المشرع اللبناني عن هذا الجزاء المتمثل في عدم النفاذ تحوزا بالبطلان ، اذ نص في نهاية المادة ٩٤٣ على أنه يحق للدائنين « •• طلب ابطال القسمة اذا كانت قد أجريت بالرغم من اعتراضهم » غير أن المشرع اللبناني قد عنى مع ذلك بالنص على أنه يكون « للشركاء المتقاسمين أو لاحدهم أن يوقفوا دعوى ابطال (عدم نفاذ) القسمة بايفاء الدائن أو بايداع المبلغ الذى يدعيه » (م ٩٤٤ موجبات) ، وهو حكم يجب الاخذ به كذلك فى القانون المصرى رغم عدم النص •

فاذا لم يتدخل الدائن فى الدعوى ولم يكن من الواجب على الشركاء ادخاله فيها طبقا للمواد ٩٤٢ و ٩٤٣ موجبات لبناني والمادة ١/٨٤٢ مدنى مصرى ، فليس له الا أن يطعن فيها بعد تمامها بدعوى عدم نفاذ التصرفات اذا توافرت شروطها بتوافر اعسار الشريك المدين وتوافر الغش • وقد

(١) يجوز للدائنين بالطبع الاقتصار على مطالبة الشركاء متضامنين بتعويض الضرر الذى لحقهم من القسمة ، على أساس الخطأ الذى ارتكبوه بعدم القيام بادخالهم فى القسمة •
ويلاحظ أن البعض يشترط لعدم نفاذ القسمة فى حق الدائنين أن يقوم هؤلاء باثبات ضرر أصابهم من جراء عدم ادخالهم فيها (السنهورى ، بند ٥٦٩) •

عنيت المادة ٨٤٢/٢ مدنى مصرى بالاشارة بوجه خاص الى شرط الغش بقولها : « .. اذا تمت القسمة ، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها الا فى حالة الغش » (١) .

والاصل أن تتم القسمة عينا بحيث يختص كل شريك بجزء مفرز من الشيء الشائع . على أن الشيء الشائع قد لا يقبل القسمة عينا أو قد

(١) وقد جعل المشرع المصرى الاختصاص بنظر دعوى القسمة للمحكمة الجزئية فى جميع الاحوال ولو تجاوزت قيمة الاشياء المطلوب قسمتها نصاب هذه المحكمة باعتبار أن اختصاصها قاصر على اجراء القسمة وتعجيلا بهذه الاجراءات . لذلك فهذا الاختصاص الاستثنائى قاصر على ما تثيره القسمة من مشاكل ، كتعيين حصة كل شريك فى الشيء الشائع أو تقرير بيع الشيء فى المزاد اذا تعذرت قسمته عينا (نقض مدنى ١٢/٢/١٩٥٩ ، مجموعة احكام النقض ، س ١٠ ، رقم ٢١٩ ، ص ١٣٤) . اما اذا اثارَت القسمة مشاكل تخرج عن صميمها ويتعين الفصل فيها قبل السير فى اجراءاتها ، كالمنازعة فى أصل الملكية الشائعة أو فى قدر الحق الشائع لاحد الشركاء ، فان هذه المشاكل تخضع للقواعد العامة فى الاختصاص النوعى . وعلى ذلك اذا ثارت منازعة فى مثل هذه المسائل التى تخرج عن صميم القسمة وقدرت هذه المحكمة جديتها وكان الفصل فيها يخرج عن نصابها ، تعين عليها أن توقف دعوى القسمة وأن تحيل الخصوم الى المحكمة الابتدائية وأن تعين لهم الجلسة التى يحضرون فيها . ويستمر وقف دعوى القسمة حتى يفصل نهائيا فى هذه المنازعة الفرعية (م ٢/٨٣٨) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان النزاع المثار امام محكمة القسمة يدور حول ما اذا كان السلم المشترك مملوكا على سبيل الشيوخ العادى أو الاجبارى ، وحول تحديد نطاق الصلح المعقود بين الطرفين بشأن هذا السلم ، فهو بهذه المثابة نزاع لا يتعلق بتكوين الحصص ويخرج من اختصاص المحكمة الجزئية اذا كانت قيمة السلم المتنازع عليه — كما قررها الخبير — تجاوز نصاب هذه المحكمة (نقض مدنى ٢٥/١/١٩٦٢ ، مجموعة احكام النقض ، س ١٢ ، رقم ١٦ ، ص ١٠٤) .

ونظرا لما تقتضيه القسمة من اجراءات قد تطول ، فقد خول المشرع المصرى للمحكمة اذا لم يتوصل الشركاء الى اتفاق على قسمة الشيء قسمة مهاية تنظيميا للانتفاع به اذا : ت القسمة ، أن تأمر — بناء على طلب أحد الشركاء — بقسمة الشيء مهاية بينهم حتى تتم القسمة النهائية ، بعد الاستعانة بخبير اذا اقتضى الامر ذلك .

يترتب على قسمته عيناً نقص كبير في قيمته • لذلك فقد خول المشرع للمحكمة اجراء القسمة في هذه الحالة الاخيرة بطريق التصفية •

القسمة العينية :

١٤٨ — وتكون القسمة العينية بأن يختص كل شريك بجزء من الشيء الشائع يعادل حقه الشائع •

ويفرق المشرع اللبناني في المادة ٩٤٢/٢ في طريقة تعيين الانصبة بين العقارات المتلاصقة والعقارات غير المتلاصقة • ففي العقارات المتلاصقة يكون تعيين أنصبة الشركاء بطريقة الضم والفرز (م ٩٤٢/١٠٠٣) • وفي العقارات غير المتلاصقة يكون تعيين هذه الانصبة على أساس النظر الى هذه العقارات كما لو كانت مجتمعة ، ثم اتخاذ قيمتها أساساً للتعيين ، بحيث يستطيع واحد أو أكثر من الشركاء في النهاية أن يختص بقطعة أو عدة قطع (م ٩٤٢/٣ — ٢) • والمقصود بالقيمة في هذا الصدد هو القيمة بالطبع وقت القسمة لا وقت بدأ الشروع •

والمفروض أن يتم التقسيم الى قطع تعادل كل منها أصغر نصيب • ولكن أصغر نصيب قد يكون من الضائقة بحيث لا يمكن التقسيم على أساسه ، كما أن التقسيم على هذا الأساس مهما كان ممكناً قد لا يمكن من تفادي التفاوت بين الانصبة • لذلك فقد احتاط المشرع لهذا الوضع فنص في المادة ٩٤٢/٣ — ٣ على أنه « في حالة ضائقة الحصص — واستحالة تعيين الانصبة على أساس أصغرها — يمكن الجمع بين الحصص الضئيلة وضماها الى نصيب واحد أو أكثر • كذلك عني المشرع في المادة ٩٤٢/٣ — ٤ بالنص على أنه « في حالة التفاوت بين الانصبة — يجرى تعديلها بالنقد لغاية الخمس من قيمتها » •

وقد نص المشرع اللبناني كذلك في المادة ٢/٩٤٢ من قانون الموجبات على أنه « وعلى المحكمة أن تستعين بأهل الخبرة لتقييم المال الشائع وقسمته عينا دون أن يفوت على أحد الشركاء المنفعة المقصودة منه قبل القسمة مع مراعاة خصائص كل قسم وتأمين استقلاله بقدر الامكان بحقوق الارتفاق » (١) .

واذا ما تم التقسيم على الاسس السابقة فان اختيار الانصبة بعد ذلك يتم عن طريق القرعة ما لم يكن لاحد الشركاء عقار ملاصق للعقار المشترك فيعطى نصيبه من القسم الملاصق حتى لا تفوت عليه المنفعة الكاملة منه (م ٣/٩٤٢ - ٥) .

أما في التشريع المصري فتتم القسمة العينية في الاصل بتقسيم الشيء — عن طريق الاستعانة بخبير — الى أجزاء يعادل كل منها أصغر نصيب ، ثم تجرى القرعة بين الشركاء حتى يتحدد ما يؤول الى كل شريك من هذه الاجزاء . ولكن اذا تعذر على المحكمة مثل هذا التقسيم ، دون ضرر بالشركاء ، كان لها أن تجنب لكل شريك قدرا من الشيء يعادل حقه الشائع ، مستعينة في ذلك بالخبير . ويجوز أن تتم القسمة بالتجنيب أيضا اذا اتفق على ذلك جميع الشركاء . وفي جميع الاحوال يتعين على المحكمة — بعد الفصل فيما يثيره الشركاء من اعتراضات بشأن تكوين الاجزاء أو بشأن التجنيب — أن تصدر حكما يحدد ما يختص به كل شريك (م ٨٣٩) . على أنه يراعى ، سواء في القسمة بطريق القرعة أو في القسمة

(١) يلاحظ أن المحكمة قد ترى ضمنا لتمام الانتفاع بقطعة من القطع وتحقيق العدالة بين المتقاسمين انشاء ارتفاق لصالح هذه القطعة على عاتق قطعة أخرى تقع في نصيب شريك آخر (تمييز ٦ كانون الاول ١٩٥٤ ، مجموعة باز ١٩٥٤ ، ص ١٩٨) .

بطريق التجنيب ، أنه اذا تعذر على المحكمة اعطاء كل شريك نصيبه كاملا، كان لها أن تقرر تكملة نصيب الشريك الذى يحصل على جزء أقل من نصيبه بمعدل نقدى يلزم به من حصل من المتقاسمين على حصة عينية أكبر من نصيبه (م ٨٣٧/٢) • وتكون العبرة فى التقسيم بقيمة الاشياء الشائعة وقت اجراء القسمة لا وقت بدء الشروع (١) •

هذا ويلاحظ أنه يلزم تصديق المحكمة الابتدائية على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيا ، وذلك اذا كان بين الشركاء غائب أو غير كامل الاهلية ، الا اذا كان هذا الشريك ممثلا فى دعوى القسمة بولييه (م ٨٤٠ من القانون المدنى و م ٤٠ من قانون الولاية على المال) (٢) • فاذا كان ممثلا بولييه فلا يلزم هذا التصديق ، لان سلطة الولى غير مقيدة بما يقيد سلطة الوصى أو القيم أو وكيل الغائب • على أنه يراعى أن حكم المحكمة الابتدائية بوصفها محكمة استئنافية بتأييد حكم محكمة القسمة اذا رفع عنه استئناف اليها ، يقوم مقام التصديق • واذا رفضت المحكمة الابتدائية التصديق على حكم القسمة ، تعين

(١) انظر فى مراحل القسمة المختلفة بالتفصيل : السنهورى ، بند ١٥٥٨ — ١٥٦٢ •

(٢) ويلاحظ ان المادة ٨٤٠ من القانون المدنى المصرى تتكلم عن التصديق على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيا ، بينما المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال تتكلم عن التصديق على قسمة الاموال الى حصص ، مما جعل البعض يقول بأنه فى حالة تقسيم الشئ الى حصص يكون التصديق لا على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيا ولكن على قسمة الشئ الى حصص ، على أساس أن المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال — وهو لاحق فى صدوره للتقنين المدنى — قد نسخت المادة ٨٤٠ فى هذا الشأن • (فى هذا المعنى : محمد على عرفة ، بند ٣٢٨ ، حسن كيرة ، الحقوق العينية الاصلية ، بند ١٤٤ ، السنهورى ، بند ٥٦٢ • عكس ذلك اسماعيل غانم ، بند ٩٦ ، ص ٢٢٣ ، هو ١) •

عليها أن تقوم بنفسها بالتقسيم على الاسس التي تراها ، بعد دعوة الخصوم •

قسمة التصفية :

١٤٩ — تنص المادة ٩٤٢/٣ — ٦ من قانون الموجبات اللبناني على أنه « اذا استحالَت القسمة عينا — يصار الى بيع المال بالمزاد العلني وفقا لاحكام قانون التنفيذ بواسطة دائرة الاجراء على أن يتخذ بدل التخمين أساسا للمزايدة الاولى • ويمكن حصر المزايدة بين الشركاء اذا اتفقوا على ذلك » •

وتنص المادة ٨٤١ من التقنين المدني المصري على أنه : « اذا لم تمكن القسمة عينا ، أو كان من شأنها أحداث نقص كبير في قيمة المال الشائع المراد قسمته ، بيع هذا المال بالطرق المبينة في قانون المرافعات ، وتقتصر المزايدة على الشركاء اذا طلبوا ذلك بالاجماع » •

ويبدو من نص القانون اللبناني أن قسمة التصفية لا تكون الا اذا استحالَت القسمة عينا • أما في النص المصري فقسمة التصفية تكون اذا تعذرت قسمة الشيء عينا أو اذا كان من شأن هذه القسمة — ولو لم تكن متعذرة — أحداث نقص كبير في قيمة الشيء الشائع • ومع ذلك فنعتقد أن المقصود بالاستحالة في القانون اللبناني استحالة القسمة العينية دون ضرر كبير بالشركاء يتمثل في نقص قيمة الشيء نقصا كبيرا • ويرجع في اجراءات البيع الى قانون أصول المحاكمات المدنية في لبنان وقانون المرافعات في مصر •

واذا طرح الشيء للبيع بالمزاد ، فالاصل أن للشركاء ولغيرهم التقدم

للمزايدة • على أن المشرع اللبناني والمشرع المصري جعلاً للمحكمة أن تقصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا ذلك بالاجماع ^(١) •

فاذا رسا المزايد على أجنبي ، فيعتبر ذلك بيعاً ناقلاً للملكية الشيء الى الراسى عليه المزايد ، ويعتبر توزيع الثمن قسمة بطريق التصفية ، فتترتب على الحكم بهذا التوزيع كافة آثار القسمة • أما اذا رسا المزايد على أى من الشركاء ، فقد جرى القول بأن رسو المزايد يعتبر قسمة بطريق التصفية ، وتترتب على حكم مرسى المزايد كافة آثار القسمة •

ومع ذلك فقد تشكك البعض في اعتبار رسو المزايد قسمة بطريق التصفية تترتب عليه آثار القسمة لا آثار البيع ^(٢) • والواقع أننا لا نرى أن اختلاف الراسى عليه المزايد يترتب عليه اختلاف تكييف رسو المزايد • فرسو المزايد يعتبر دائماً بيعاً تترتب عليه آثار البيع لا آثار القسمة ، ولو كان الراسى عليه المزايد هو أحد ملاك الشيء الذى يتم بيعه بالمزايد • أما القسمة فتتمثل دائماً في اقتسام الثمن الذى رسا به المزايد •

٣ — تحول قسمة المهايأة الى قسمة نهائية بقوة القانون فى القانون المصرى

١٥٠ — الاصل أن قسمة المهايأة ترد على الانتفاع بالشيء ولا ترد على

(١) على أنه اذا كان بين الشركاء غير كامل الاهلية أو غائب وكان ممثلاً فى الدعوى بوصى أو قيم أو وكيل فى مصر ، فيرى البعض أنه يجب استئذان المحكمة ، على أساس أن طلب قصر المزايدة على الشركاء فضلاً عن خطورته البيئة يتضمن اتفاقاً بشأن القسمة (اسماعيل غانم ، بند ٩٧ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٧٧) •

(٢) منصور مصطفى منصور ، بند ٧٧ ، ورسالته فى الحلول العينية ، بند ٥١ •

ملكيتته ، ومن ثم فهي لا تنهى الشيوع • على أن المشرع المصرى قد حرص على النص فى المادة ٢/٨٤٦ من التقنين المدنى على تحويل قسمة المهايأة المكانية الى قسمة نهائية اذا استمرت مدة خمس عشرة سنة ، وذلك بتجديدها كلما انتهت المدة المقررة لها ، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك • والحكمة من تحول قسمة المهايأة المكانية الى قسمة نهائية اذا استمرت خمس عشرة سنة هى أن « المهايأة المكانية التى تدوم خمس عشرة سنة دون أن يرغب فى انائها هى خير قسمة نهائية يستطيع الشركاء أن يصلوا اليها ، وقد وصلوا اليه فعلا بالتجربة واطمأنوا الى نتائجها » ، على نحو ما توضحه المذكرة الايضاحية (١) •

وقد نصت المادة ٢/٨٤٦ من التقنين المدنى المصرى كذلك على أنه « اذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند على قسمة مهايأة » • ومقتضى هذا النص أنه يكفى أن يستقل كل شريك بجزء من الشئ الشائع مدة خمس عشرة سنة حتى تقوم قرينة قانونية على أن مثل هذا الاستقلال بجزء من الشئ الشائع يستند الى قسمة مهايأة ، وينطبق بالتالى حكم الفقرة الاولى من المادة المذكورة القاضى بتحويل هذه القسمة الى قسمة نهائية • على أن هذه القرينة تقبل اثبات العكس • فاذا استطاع أحد الشركاء اثبات أن استقلال كل شريك بحيازة جزء من الشئ الشائع لا يستند الى قسمة مهايأة حال بذلك دون تحقق القسمة النهائية بمضى خمس عشرة سنة على هذه الحيازة •

وهذا النوع من القسمة لا يعتبر قسمة اتفاقية ، وان كان يرجع الى

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ٦ ، ص ١٣٩ •

الاتفاق فى الاصل ، وانما يعتبر قسمة قانونية • ولذلك لا تسرى عليه قواعد القسمة الاتفاقية ، فلا يجوز نقضه للغبى ، ولا يمنع من تحققه أن يكون بين الشركاء من هو غير كامل الاهلية أو غائب ، ولا يجب تسجيله اذا كان الشئ المقسوم عقارا ، لان التسجيل يرد بمقتضى المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى فى مصر على التصرفات والاحكام (١) •

المطلب الثانى

آثار القسمة

١٥١ — تقوم القسمة بتحديد جزء مady من الشئ الشائع لكل شريك ، أو فى الاقل لبعض الشركاء الذين يطلبون القسمة اذا استقر الباقون على البقاء فى الشيوع ، لىتملكه ملكية مفرزة • فالآثر الاساسى للقسمة هو افراز هذا الجزء الذى يختص به الشريك ، بحيث يكون مقابلا لحقه الذى كان له أثناء الشيوع ، ولذلك يلتزم غيره من المتقاسمين بضمان ما يحدث له من تعرض أو استحقاق حتى يستقر له هذا الجزء الذى اختص به فى القسمة •

١ — الافراز

١٥٢ — الافراز هو الآثر الجوهرى للقسمة ، وهو الهدف الذى يرمى اليه المتقاسمون • والافراز فى معناه البسيط لا يعدو أن يكون استبدالاً

(١) اسماعيل غانم ، بند ٩٢ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٧٩ . وقارب حسن كيره الحقوق العينية الاصلية ، بند ١٢٦ •

لجزء مفرز من الشيء الشائع ، يصبح مملوكا للشريك المتقاسم على سبيل
الانفراد ، بحقه الشائع ، ذلك الحق الذى كان واردا على الشيء كله
دون أن يخول صاحبه سوى نسبة معينة من كل ميزات والذى كانت النسبة
الباقية من هذه الميزات فيه للشركاء الآخرين . ومع ذلك فقد آثار تكييف
عملية الافراز جدلا حادا فى الفقه منذ القانون الرومانى وخلال العصور
الوسطى وما زال يثيره حتى اليوم . ولقد كانت النتائج العملية التى تقضى
العدالة بترتيبها على القسمة ، وايجاد الوسيلة الفنية لتبريرها ، هى محور
هذا الخلاف .

الافراز عملية ناقلة للملكية فى القانون الرومانى :

١٥٣ — كان القانون الرومانى يعتبر أن لكل شريك فى الشيوخ
حصه فى كل ذرة من ذرات الشيء الشائع ^(١) ، فاذا ما تمت القسمة
واختص كل شريك بجزء من الشيء الشائع كان معنى ذلك تنازل كل شريك
من الشركاء عن نصيبه فى الجزء الذى اختص به كل شريك من الشركاء
الآخرين فى نظير نزول كل منهم له عن نصيبه فى الجزء الذى اختص هو
به . لذلك كانت القسمة تعتبر عملية مقايضة تنقل لكل شريك ملكية حصص
شركائه فى ذرات الجزء الذى اختص به من الشيء نظير نقل حصته
فى ذرات الجزء الذى اختص به كل شريك الى هذا الشريك . وكان مقتضى
ذلك أن سند ملكية كل شريك للجزء الذى اختص به يكون هو السند
الاصلى للملكية الشائعة بالنسبة لحصته فى ذرات هذا الجزء ويكون

(١) فى بيان كيف تمكن الرومان من تصوير حق كل شريك على الوجه الذى
يوفق بين عدم انقسام الشيء ماديا من ناحية وتعدد الشركاء من ناحية
أخرى ، انظر منصور مصطفى منصور فى بحثه السابق الاشارة اليه عن
تحليل اثر قسمة الأموال الشائعة ، بند ٩ — ١١ .

هو المقايضة التي تتضمنها القسمة بالنسبة لحصص شركائه في هذه الذرات . لذلك كانت كافة الحقوق التي يقررها أحد الشركاء أثناء الشيوخ ، كالرهن ، نافذة في حدود حصته في حق شركائه الذين اختص كل منهم بجزء من الشيء الشائع ، وكانت القسمة تصلح سببا صحيحا لكسب الحق بالتقادم القصير (١) .

إضافة المفعول أو الأثر الرجعي للمفعول أو للأثر الناقل في النظرية التقليدية :

١٥٤ — وقد ظل هذا التصوير السابق سائدا حتى نهاية القرن الرابع عشر . في هذا الوقت كثر الالتجاء الى الرهن العقاري بشكل لفت النظر الى خطورة القول بنفاذ هذا الرهن في حق الشركاء بعد القسمة تأسيسا على اعتبار القسمة ناقلة للملكية الى الشريك فيما يتعلق بحصص شركائه في الجزء الذي يختص به ، اذ كان يكفي أن يلتزم الشخص بمقتضى سند رسمي حتى تصبح جميع أمواله — ومنها ما قد يكون له من حق شائع — مرهونة لضمان هذا الالتزام ، في الوقت الذي كان فيه هذا الرهن العام خفيا ، اذ لم يكن نظام الشهر معروفا . كذلك استعانت خطورة ما يؤدي اليه هذا التصوير من نتائج في اخضاع القسمة للضرائب والرسوم المفروضة على نقل الملكية ، بالاضافة الى الضرائب التي يكون الشركاء قد دفعوها عند انتقال الملكية اليهم عند تملكهم للشيء الشائع .

وأمام هذه النتائج الشاذة لم يجد القضاء بدا من الرجوع عن نفاذ الحقوق التي يربتها كل شريك على الشيء الشائع قبل شركائه بعد القسمة واختصاصه بجزء مفرز من الشيء الشائع ، وعن خضوع القسمة للضرائب والرسوم المفروضة على نقل الملكية . وجريا وراء البحث عن تأصيل لهذا

(١) منصور مصطفى منصور في بحثه السابق ، بند ١ .

القضاء الجديد لم يلبث الفقه الفرنسى القديم أن أعمل الفكر من جديد فى تصوير القسمة ، فانتهى الى أنها لا تنقل الملكية الى الشريك المتقاسم فتعتبر لذلك سندا للملكية ، وانما تقتصر على تحديد محل ملكية هذا الشريك الثابتة أصلا بمقتضى السند الذى تملك به الشركاء على الشيوع ، أو الاعلان أو الكشف عنه . فعدم سريان الحقوق التى رتبها أحد الشركاء أثناء الشيوع ، وعدم خضوع القسمة للضرائب والرسوم المفروضة على انتقال الملكية ، يعتبر نتيجة طبيعية من النتائج التى تتفرع على التصوير الصحيح للقسمة (١) .

١٥٥ — وقد جاء التقنين المدنى الفرنسى فسلم فى المادة ٨٨٣ منه بالتصوير الذى ارتضاه بواتيه للقسمة ، والذى يجعل لها مفعولا أو أثرا رجعيا يخالف طبيعتها الناقلة ، تحقيقا للاثر العلى الذى استقر فى القانون الفرنسى القديم ، وهو حصول كل متقاسم على الجزء المفرز الذى اختص به فى القسمة خالصا من آثار تصرفات غيره . وعن هذا التقنين أخذت المادة ٩٤٦ من قانون الموجبات اللبنانى التى تنص على أنه « يعد كل متقاسم كأنه مالك فى الاصل للأشياء التى خرجت فى نصيبه أو التى اشتراها بالمزاد

(١) فى هذا المعنى بواتيه مشار اليه فى منصور مصطفى منصور ، بند ٨٣ . على أنه من الواضح أن القول بأن القسمة تحدد محل حق الشريك أو تكشف عنه يستلزم بالضرورة القول بأن ما يؤول الى هذا الشريك هو ما كان مملوكا له منذ نشأة السند الذى تملك به على الشيوع ، وتلك نتيجة مخالفة للحقيقة لا يمكن الوصول اليها الا اذا استخدمنا مجازا قانونيا هو تقرير الاثر الرجعى للقسمة . ومن هنا جرى القول فى الفقه التقليدى على أن القسمة تعتبر ناقلة بطبيعتها ولكن المشرع استخدم حيلة قانونية للوصول الى غرض معين هو حصول المتقاسم على الجزء المفرز الذى يختص به فى القسمة خاليا من الحقوق التى رتبها غيره أو رتب ضد غيره من الشركاء أثناء الشيوع ، فقرر للقسمة بذلك أثرا كاشفا عن طريق أثرها الرجعى (منصور مصطفى منصور ، بند ٢٨) .

عند بيع المال المشترك ، وكأنه لم يكن مالكا قط لسائر الاشياء » ، والمادة ٨٤٣ من التقنين المدنى المصرى التى تنص على أنه « يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت اليه منذ تملك فى الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصص » . وهذه النصوص وان كانت تحقق الهدف العملى الذى يبتغيه المشرع ، الا أن الاخذ بظاهر منطوقها يؤدى الى نتائج أخرى شاذة لا يمكن التسليم بها سواء فى القانون اللبنانى أو فى القانون المصرى ، فضلا عن أنها قد تكون مخالفة لنصوص القانون مخالفة صريحة .

١ - فمقتضى الاثر الرجعى أن تكون العبرة فى تقدير قيمة الشيء المقسوم بوقت قيام الشيوع عند اعمال قواعد الضمان والغبن ، بينما الاخذ بذلك يتنافى مع ما يجب فى القسمة من تحقيق المساواة بين المتقاسمين . لذلك فالقانون ينص صراحة على أن تكون العبرة فى التقدير بوقت القسمة (م ٩٤٨ موجبات لبنانى و م ١/٨٤٤ و ١/٨٤٥ مدنى مصرى) .

٢ - ومقتضى الاثر الرجعى أن تكون ثمار الجزء الذى اختص به أحد المتقاسمين له ، ليس فقط من وقت القسمة وانما من وقت قيام الشيوع ، بينما المنطق وطبيعة الشيوع يقضيان بأن تكون ثمار الشيء الشائع كله قبل القسمة وأثناء الشيوع من حق الشركاء جميعا بنسبة حصة كل منهم فى الشيوع .

كذلك فان مقتضى الاثر الرجعى أن يكون باستطاعة كل شريك أن يتحلل من المصروفات التى انفقت على الجزء الذى وقع فى نصيبه ، أثناء الشيوع ، خلافا لما يقضى به المنطق وطبيعة الشيوع من تحمله بها .

٣ - ومقتضى الاثر الرجعى أن يعتبر التصرف الصادر من جميع الشركاء فى الشئ الشائع أثناء الشيوع قابلا للإبطال بعد القسمة لصدوره من غير مالك ، بينما تقضى طبيعة الشيوع باعتبار هذا التصرف صحيحا وناظدا فى حق جميع الشركاء قبل القسمة وبعد القسمة أيا كانت نتيجتها . وقد نص المشرع المصرى على ذلك صراحة فيما يتعلق بالرهن الرسمى (م ١٠٣٩) على نحو ما رأينا .

٤ - ومقتضى الاثر الرجعى أنه اذا ما رهن أحد الشركاء الشئ الشائع (رهنا حيازيا) أو رتب تأمينا (رهنا رسميا) عليه ، ثم رسا مزاده على الشريك الاخر فى قسمة التصفية ، فلا يكون للدائن المرتهن أو صاحب التأمين مباشرة الافضلية على الثمن الذى يختص به الشريك الراهن أو مرتب التأمين ، بينما يقضى المنطق بأن يكون لمثل هذا الدائن أفضلية على هذا الثمن طالما أن هذه الافضلية لا تمس الشريك الذى اختص بالعقار كله ، وهو الاعتبار الذى كان يحول دون نفاذ الرهن أو التأمين فى حقه أثناء الشيوع .

٥ - ومقتضى الاثر الرجعى أنه اذا تصرف أحد الشركاء فى جزء مفرز من الشئ الشائع أثناء الشيوع ثم تمت القسمة فوقع هذا الجزء فى نصيب شريك آخر ، اعتبر التصرف قابلا للإبطال سواء كان المتصرف اليه يعلم أو يجهل أن المتصرف لا يملك الشئ المتصرف فيه ملكية مفرزة ، لأنه يعتبر فى هذه الحالة تصرفا من غير مالك . وهذه النتيجة ان كانت تتفق مع الحكم الذى رأينا أنه من الواجب الاخذ به فى القانون اللبنانى لا لان القسمة أثرا رجعيا وانما لان الشريك يعتبر من الاصل قد تصرف فى ملك الغير فيكون تصرفه باطلا قبل القسمة وبعدها ، الا أنها تخالف الحكم الوضعى فى القانون المصرى .

فالمادة ٨٢٦/٢ من التقنين المدنى المصرى ، كما سبق أن رأينا ، لا تجيز للمتصرف اليه طلب الابطال الا اذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها ملكية مفرزة ، وذلك على عكس الحال فى التصرف فى ملك الغير حيث يكون للمتصرف اليه أن يطلب الابطال ولو كان يعلم أن المتصرف غير مالك .

كذلك تبدو نتائج الاثر الرجعى التى لا يمكن التسليم بها فى مجالات أخرى كثيرة ، كتنازع القوانين من حيث الزمان ، ووقف التقادم وانقطاعه ، وكاكتساب حقوق الارتفاق بتخصيص المالك الاصلى فى القانون المصرى .

الافراز عملية اعلانية او كاشفة فى الفقه الحديث :

١٥٦ — وهذه النتائج المختلفة التى يؤدى اليها اعمال الاثر الرجعى للقسمة ، كما تقره نصوص التقنين المدنى الفرنسى وقانون الموجبات والعقود اللبنانى والتقنين المدنى المصرى ، توضح بجلاء خطورة تطبيق هذه النصوص التى تتجاوز الهدف منها . لذلك فقد ذهب كثير من الفقهاء المحدثين الى وجوب الغاء هذه النصوص تفاديا لما ترتبه من نتائج غير مقبولة . ولكن الغاء النصوص التى تقرر المفعول أو الاثر الرجعى للقسمة لا يلبث أن يثير من جديد مشكلة ضمان حصون كل متقاسم على الجزء المفرز الذى اختص به خالصا من آثار تصرفات غيره — وهو ضمان محدود كما سبق أن قدمنا — فكيف يتم الوصول الى هذا الضمان دون استخدام الحيلة أو المجاز القانونى المتمثل فى خلق أثر رجعى ليس من طبيعة القسمة عليها ؟

يذهب معظم المهاجمين للاثر الرجعى للقسمة الى أنها ليست بطبيعتها

تصرفا ناقلا ، على نحو ما كان يذهب اليه القانون الرومانى ، وانما تصرف اعلانى أو كاشف ، والى أن اعتبار القسمة تصرفا اعلانيا أو كاشفا من شأنه أن يضمن حصول كل متقاسم على الجزء المفرز الذى اختص به خالصا من آثار تصرفات غيره ، فضلا عن تفسيره لكثير من أحكام القانون المتعلقة بالقسمة أو المترتبة عليها ^(١) . ويوضح هذا الفقه وجهة نظره عن طريق القول بأن اعتبار القسمة من التصرفات الاعلانية أو الكاشفة يتفق مع التكييف الصحيح للملكية الشائعة ذاتها ، كما يتفق مع مفهوم التصرفات الاعلانية أو الكاشفة .

فاعتبار القسمة من التصرفات الناقلة ينبع من النظرة الفردية المسرفة الى حق الملكية . ففى ظل هذه النظرة يصعب وجود شئ يتعدد ملاكه ، ولذلك كان لابد من تصور أنصبة الشركاء مستقل بعضها عن الآخر اثناء الشيوخ ، ومن ثم كان من الطبيعى أن يقال ان القسمة تتضمن مبادلة هذه الانصبة المستقلة . ولكن انحسار هذه النزعة الفردية قد مكن من الكشف عن طبيعة الشيوخ وامكان تصور تعدد ملاك الشئ الواحد . ففى الشيوخ يتعدد ملاك الشئ الواحد بحيث يكون لكل منهم حق ملكية عليه كله ، وان كان هذا الحق محدد تحديدا حسابيا بحصة معينة منه ، فاذا تمت القسمة فاختص كل شريك بجزء من الشئ الشائع كان معنى ذلك ايجاد التطابق بين ملكية كل شريك وبين المحل الذى ترد عليه ، بين حصته الحسابية وبين جزء مادي من الشئ . وهذا التطابق لا يوجد حقا جديدا للمتقاسم وانما يقتصر على التغيير فى محل حقه القائم من قبل تغييرا يمنع التشابك بين حقوق الشركاء المختلفين على الشئ ، بايجاد نطاق محدد

(١) انظر : اسماعيل غانم ، بند ١١٧ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ١٤٧ وما بعده ، حسن كيره ، الحقوق العينية الاصلية ، بند ١٣٢ ، دروس فى الحقوق العينية الاصلية ، ص ٢٢٣ وما بعدها .

تمارس عليه ملكية كل منهم • وعلى ذلك فالقسمة لا تنقل الى المتقاسم حقا جديدا وانما تعلن أو تكشف عن حقه الاصلى القائم من قبل •

واذا كان هذا هو أثر القسمة فلا بد من اعتبارها من التصرفات الاعلانية أو الكاشفة • فالتصرف الاعلاني أو الكاشف هو التصرف الذي يستند الى حق سابق فيقوم بالتغيير في بعض عناصره تغييرا يزيل ما كان يعترض مباشرته من عقبات • والقسمة تقوم بالتغيير في محل الملكية الشائعة تغييرا يزيل التشابك بين حقوق الشركاء المختلفة عن طريق تحديد جزء مفرز من الشيء الشائع لتباشر عليه ملكية كل شريك • ولا يجوز القول بأن التصرف الاعلاني أو الكاشف يقوم بمجرد تقرير الحق السابق الموجود دون أن يغير فيه فلا تعتبر القسمة تصرفا اعلانيا أو كاشفا لانها تغير في محل الملكية بافرازها جزءا محددا تباشر عليه ، لا يجوز ذلك لان التصرف القانوني الاعلاني أو الكاشف من حيث هو تصرف لا بد أن يتضمن تغييرا ما في العلاقات القانونية القائمة والا ما كان تصرفا لان التصرف القانوني قوامه ارادة تتجه الى أحداث مفعول أو أثر قانوني •

١٥٧ — واعتبار القسمة من التصرفات الاعلانية أو الكاشفة في نظر هذا الفقه لا يجعل منها سند ملكية المتقاسم للجزء المفرز الذي آل اليه ، وانما يكون سنده هو السند الاصلى للملكية ، بما يترتب عليه من نتائج مختلفة تتميز بها القسمة عن التصرفات الناقلة ، بعضها موجود في القانون اللبناني والقانون المصري وبعضها الاخر يتميز به القانون المصري •

فاما النتائج المشتركة بين كل من القانون اللبناني والقانون المصري فهي

عدم اعتبار كل متقاسم خلفا للمتقاسمين الآخرين وعدم اعتبار القسمة سببا صحيحا للتملك بالتقادم القصير .

١ — فلا يعتبر المتقاسم خلفا للمتقاسمين الآخرين . وعلى ذلك فالتصرفات التي يكون أحد الشركاء قد أجراها منفردا أثناء الشيوخ على جزء مفرز من الشيء الشائع ، والتي لا تكون نافذة قبل الشركاء الآخرين أثناء الشيوخ ، تكون غير نافذة بعد حصول القسمة ووقوع ذلك الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب شريك آخر . على أن نتيجة المفعول أو الاثر الاعلاني أو الكاشف للقسمة تقتصر على مجرد عدم نفاذ التصرف في حق الشريك الذي وقع في نصيبه الجزء المفرز لانه ليس خلفا للمتصرف ، ولكنها لا تؤدي الى اعتباره قابلا للإبطال بحجة أنه صادر من غير مالك ، اذ أن المتصرف كان وقت التصرف مالكا للشيء كله وان كان ذلك في نطاق النسبة المحددة له .

٢ — ولا تصلح القسمة سببا صحيحا للتملك بالتقادم القصير عندما يكون هذا التقادم سببا لكسب الملكية في العقار كما هو الحال في لبنان بالنسبة للعقارات غير المسوخة وفي مصر بالنسبة لجميع العقارات . فاذا اتضح أن العقار المقسوم لم يكن مملوكا للمتقاسمين ، فلا يصح للمتقاسم الذي قيد القسمة في السجل العقاري أو سجلها — بحسب الاحوال — وهو حسن النية وحاز الجزء المفرز الذي اختص به مدة التقادم القصير أن يتمسك باكتسابه الملكية بهذا التقادم . ذلك أن التقادم القصير يفترض وجود السبب الصحيح ، والسبب الصحيح هو التصرف الذي ينقل الملكية لولا صدوره من غير مالك . ومن الواضح أن القسمة لا تنقل الملكية وانما تعلن أو تكشف عن ملكية سابقة فتحدد محلها بحيث يظل سند

التملك هو سند الملكية الشائعة ^(١) ، ومن ثم يتوقف أعمال التقادم القصير في هذه الحالة على هذا السند الاصلى . فاذا كان تصرفا ينقل الملكية لولا صدوره من غير مالك كان سببا صحيحا ، وان لم يكن كذلك ، كما اذا كان الشركاء قد اقتسموا العقار معتقدين أنه ملك لمورثهم ، فلا يعتبر سببا صحيحا ويتعين الرجوع الى سند المورث .

وأما النتائج القاصرة على القانون المصرى فهى المتعلقة بأحكام الغبن من ناحية والمتعلقة بآثار التسجيل من ناحية أخرى .

١ — فلما كانت القسمة تصرفا اعلانيا أو كاشفا وليس ناقلا ، فقدوجب أن يحصل كل متقاسم في القسمة على جزء مفرز يعادل حصته الشائعة . ولما كان المشرع المصرى — خلافا للمشرع اللبنانى — يضع أحكاما خاصة بالغبن في القسمة فقد تميزت أحكام الغبن في هذا الشأن بأنها تقوم على فكرة المساواة وليس على فكرة الاخلال بالمضاربة المشروعة كما هو الحال في الغبن في البيع . هذا الفرق يظهر أثره في تحديد شروط الغبن كما يظهر في بيان ما يجب رده لتجنب نقض العقد . فالغبن في القسمة لا يقتصر على العقار ولا يقتصر على المتقاسم القسمة الاهلية كما في البيع ، اذ الفكرة هى تحقيق المساواة التامة بين المتقاسمين بحصول كل منهم على جزء مفرز يعادل لحصته الشائعة . كذلك اذا غبن أحد المتقاسمين بما يزيد على الخمس وجب تكملة نصيبه بتمامه ، لا الى أربعة الاخماس فحسب كما في البيع .

٢ — كذلك يفرق المشرع المصرى بين التصرفات الناقلة والتصرفات

(١) في هذا المعنى : نقض مدنى ١٩٥٤/٤/٢٩ ، مجموعة احكام النقض ، س ٥ ، رقم ١٢١ ، ص ٨١٢ .

الاعلانية أو الكاشفة فيما يتعلق بأثر التسجيل خلافا للمشرع اللبناني .
فالتصرفات الناقلة في التشريع المصري لا ترتب أثرها بين أطرافها أو
بالنسبة للغير إلا بالتسجيل ، بينما التصرفات الاعلانية أو الكاشفة تنتج
أثرها دون حاجة إلى التسجيل ولا يلزم التسجيل إلا للاحتجاج بها على
الغير ، على نحو ما تقضى به المادة ١٥/١ من قانون الشهر
العقارى .

وهذا الفرق يرجع في نظر هذا الفقه إلى أن التصرف الناقل ينقل
للمتصرف إليه حقا لم يكن موجودا له من قبل ، بينما التصرف الاعلاني أو
الكاشف يقتصر على التعديل في بعض عناصر حق ثابت للمتصرف إليه قبل
التصرف (١) .

(١) ويترتب على ذلك أن كل متقاسم يعتبر مالكا ملكية مفرزة في مواجهة
المتقاسمين الآخرين من وقت القسمة دون انتظار للتسجيل .
كذلك يستطيع كل ذي مصلحة أن يتمسك بانقضاء الشيوخ في مواجهة
المتقاسمين ولو كانت القسمة لم يتم تسجيلها . فإذا وجد عقاران متلاصقان
أحدهما مملوك على الشيوخ ، ثم قسم هذا العقار دون أن تسجل القسمة ،
وبيع العقار المجاور بعد ذلك ، فتقدم أحد الشركاء الذى اختص بجزء من
العقار المقسوم لا يلاصق العقار المبيع لأخذه بالشفعة على أساس أن
للشيوخ لا يزال قائما لعدم تسجيل القسمة وأن شرط الجوار يكون متحققا
بين العقار الشائع والعقار المجاور ، فإن المشتري يملك دفع الشفعة
بالاحتجاج بالقسمة رغم عدم تسجيلها للوصول إلى إثبات عدم توافر التلاصق
بين العقار المبيع وبين الجزء الذى وقع بالقسمة في نصيب طالب الشفعة .
(انظر نقض مدنى ١٩٤٢/١/٢٩ ، مجموعة عمر ، ج ١ ، ص ٤٠٩ ، رقم
١٣٨ ، نقض مدنى ١٩٥٥/٣/١٧ ، مجموعة أحكام النقض ، س ٦ ، ص
٨٥١ ، رقم ١١١) .

وعلى العكس من ذلك لا يجوز الاحتجاج على الغير بالملكية المفرزة إلا بعد
تسجيل القسمة ، حيث يكون لهذا الغير أن يعتقد بحالة الشيوخ طالما لم تسجل
القسمة إذا كان له مصلحة في ذلك . والمقصود بالغير هنا كل من تلقى حقا
عينيا على العقار على أساس أنه لا زال مملوكا على الشيوخ وقام بتسجيله
طبقا للقانون .

لذلك يملك مشتري الحق الشائع إذا كان قد سجل عقده تجاهل القسمة
غير المسجلة أو التى كان تسجيلها لاحقا لتسجيل عقده ، بأن يطلب الحكم
بتثبيت ملكيته للحق الشائع المبيع أو يطلب أيضا إجراء قسمة جديدة إذ يظل
العقار شائعا بالنسبة له طالما أنه لا يحتج عليه بالقسمة .

١٥٨ — ومن الواضح أن تحليل هذا الفقه لاثـر القسـمة يرتبط بتصويره لطبيعة الشـيوع^(١) ، ذلك التصوير الذى يرى أن محل حق الشريك المشتاع هو حصة معنوية وليس كيانا ماديا يتمثل فى الشـيء ذاته • وقد سبق أن رأينا أن هذه الحصة المعنوية هى فى الواقع حصة فى مضمون الحق، بحيث يمكن القول بأن حق الشريك أثناء الشـيوع محله هو الشـيء المادى كله ولكن مضمونه هو حصة معينة من مضمون حق الملكية المفـرزة كالثـلث أو الربع • لذلك فلا يمكن مجازاة هذا الرأى فىا يذهب اليه من أن القسمة تحقق التطابق بين النطاق المادى والنطاق المعنوى لحق الشريك المشتاع • فالقسمة فى الواقع تعطى لكل شريك حقا له كل مضمون الملكية المفـرزة على جزء من الشـيء بعد أن كان له حصة من مضمون الملكية المفـرزة على الشـيء كله • فحق الشريك بعد القسمة يختلف عن حقه قبلها فى محله وفى مضمونه ، مما لا يمكن معه التسليم بأن للقسمة مجرد أثر اعلانى أو كاشف يقتصر على تحديد حق الشريك المشتاع دون المساس به فى ذاته^(٢) • ولكن اذا لم تكن القسمة اعلانية أو كاشفة فما هو الاثر الذى يترتب عليها ؟

العودة الى اعتبار الافراز عملية ناقلة مع التسليم بانتقال الحقوق التى قررها الشريك أثناء الشـيوع الى ما يختص به بالقسمة :

١٥٩ — الواقع أن القول بأن للقسمة مجرد أثر كاشف ينكر الاختلاف الواقعى بين حق الشريك المشتاع قبل القسمة وبعدها ، سواء فى المحل أو فى المضمون • وفضلا عن ذلك فهو يتناسى الحق الذى كان للشريك على

(١) راجع ما تقدم ذكره فى تكييف حق الشريك المشتاع •

(٢) منصور مصطفى منصور ، حق الملكية ، بند ٨٥ •

الاجزاء التى لم تقع فى نصيبه • لذلك فان التكييف الصحيح للقسمة لابد أن يقوم على التسليم باختلاف حق الشريك المشتاع بعد القسمة عنه قبلها ، وأن يبين مصير الحق الذى كان لهذا الشريك على بقية أجزاء الشئ الشائع التى اختص بها شركاؤه • وليس من سبيل الى تفسير هذا الوضع سوى الاعتراف بأن للقسمة مفعولا أو أثرا ناقلا ، على نحو ما كان يذهب اليه القانون الرومانى والفقهاء التقليدي •

ولكن كيف يمكن ضمان حصول الشريك على الجزء الذى يختص به من الشئ بالقسمة خاليا من آثار تصرفات الشركاء الآخرين دون حاجة الى الاثر الرجعى للقسمة ؟ يذهب أستاذنا الدكتور منصور مصطفى منصور الى وجوب تدخل المشرع لتقرير انتقال الحقوق (وكذلك سائر التكاليف العينية) التى رتبها الشريك أثناء الشيوع على حقه الشائع الى ما يختص به فى القسمة تعميما للحكم الذى أتت به المادة ١٠٣٩/٢ من التقنين المدنى المصرى فى خصوص رهن الشريك حصته الشائعة رهنا رسميا • فهذه الوسيلة تستجيب الى طبيعة حق الشريك المشتاع من حيث أنه حق معرض منذ نشأته للتحويل الى حق آخر ، فيكون حق الغير الذى يرتبه هذا الشريك على حقه الشائع معرضا كذلك للانتقال الى الحق الذى يتحول اليه محله ، فضلا عن أنها توصل الى ما يقصر عنه الاثر الرجعى وهو احترام حق الغير الذى نشأ صحيحا فى حدود سلطة الشريك المتصرف ، وذلك بنقله الى ما وقع فى نصيب المتصرف (٢) •

١٦٠ — ولا يحول دون التسليم بالآثار الناقل للقسمة ما يقال من أن المفعول الاعلانى أو الاثر الكاشف للقسمة يفسر كثيرا من أحكامها كتلك

(١) المرجع السابق ، بند ٨٦ •
(٢) المرجع السابق فى الموضع السابق •

المتعلقة بحماية الشركاء بعد القسمة من التصرفات التي يكون أحدهم قد أجراها على جزء مفرز من الشيء الشائع ، أو بعدم اعتبار القسمة سببا صحيحا يخول التملك بالتقادم القصير ، في كل من القانونين اللبناني والمصري ، أو بالغبن أو أثر التسجيل فيما يتعلق بالقانون المصري وحده .

١ — فاذا كان الواجب حماية الشركاء بعد القسمة من التصرفات التي يكون أحدهم قد أجراها منفردا على جزء مفرز من الشيء الشائع عن طريق تقرير عدم نفاذها في حقهم سواء في القانون اللبناني أو في القانون المصري، فإنه يكفي للوصول الى هذا الغرض القول بأن مثل هذه التصرفات لا يترتب عليها أى أثر عيني قبل القسمة وبالتالي تعتبر غير نافذة في حق الشركاء بعدها . وهذا واضح في القانون اللبناني حيث لا يوجد نص يقرر صحة مثل هذا التصرف مما يتيح الاخذ بمقتضى التكييف الصحيح لحق الشريك المشتاع من اعتبار مثل هذا التصرف تصرفا في ملك الغير وبالتالي تصرفا باطلا . وهذا واضح أيضا في القانون المصري بالرغم من وجود نص يقرر صحة مثل هذا التصرف — ما لم تتوافر شروط الغلط — خلافا لمقتضى التكييف الصحيح لحق الشريك المشتاع ، اذا سلمنا بأن هذا التصرف بالرغم من صحته لا يترتب سوى موجبات أو التزامات شخصية في العلاقة بين اطرافه دون أن يقوى على ترتيب مفعول أو أثر عيني ينصب على الشيء المتصرف فيه مباشرة (١) .

٢ — واذا كان اعتبار القسمة تصرفا اعلانيا أو كاشفا وليس ناقلا يفسر من الناحية النظرية عدم صلاحيتها لتكوين السبب الصحيح في التقادم

(١) راجع ما تقدم ، بند ١١٢ ، وبند ١٢٥ .

الخمس القصير حيث أن هذا السبب هو التصرف الناقل للحق والذي لا يحول بينه وبين نقله سوى صدوره من غير مالك ، فان عدم اعتبار القسمة سبباً صحيحاً لا يسنده من الناحية الوضعية ، سوى نص المادة ٩٤٦ من قانون الموجبات اللبناني ونص المادة ٨٤٣ من التقنين المدنى المصرى ، اللتان تقرران المفعول أو الاثر الرجعى للقسمة (١) . فاذا ما ألغيت هذه النصوص ، على نحو ما يطالب به الفقه الحديث ، لم يعد هناك ما يحول دون اعتبار القسمة سبباً صحيحاً . فالسبب الصحيح لا يعدو أن يكون سنداً « يدعم حسن نية الحائز بحيث يمكن وفقاً للمألوف أن يعتمد عليه ويعتمد عليه الغير فى اعتباره مالكا » ، وهو ما يتوافر فى القسمة .

٣ — واذا كانت القسمة تهدف الى تحقيق المساواة بين المتقاسمين مما يترتب عليه اختلاف أحكام الغبن فيها فى مصر عنها فى البيع الذى يقوم على فكرة المضاربة ، فان هذا الهدف لا علاقة له بطبيعة القسمة من حيث كونها اعلانية (كاشفة) أو ناقلة . فهذا التكييف أو ذاك لا أثر له على الهدف الذى يسعى اليه المتقاسمون .

٤ — واذا كان عدم تسجيل القسمة لا يترتب عليه وفقاً للمادة ١٠ من قانون الشهر العقارى المصرى سوى أنها لا تكون حجة على الغير ، خلافاً للتصرفات الناقلة التى يترتب على عدم تسجيلها عدم انتقال الحق سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير وفقاً للمادة ٩ من نفس القانون ، فان هذه التفرقة بين النوعين من التصرفات ليس لها ما يبررها . وآية ذلك عدم وجود مثل هذه التفرقة بين التصرفات الاعلانية أو الكاشفة والتصرفات

(١) فى هذا المعنى : نقض مدنى ١٩٥٤/٤/٢٩ السابق الاشارة اليه .
(٢) منصور مصطفى منصور ، حق الملكية ، بند ٨٧ .

الناقلة في القانون اللبناني حيث يجب قيد جميع هذه التصرفات في السجل العقاري لانتاج آثارها سواء فيما بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير .
يضاف الى ذلك أن المادة ١٠ من قانون الشهر العقاري المصري تبين أثر عدم تسجيل التصرفات الاعلانية أو الكاشفة ثم تجرى حكمها على القسمة ،
مما يمكن أن يفهم معه أن المشرع المصري لا يعتبر القسمة من قبيل التصرفات الاعلانية أو الكاشفة والا لما عني بالتنبيه الى أن حكم القسمة هو نفس حكم التصرفات الاعلانية أو الكاشفة (١) .

٢ - الضمان في القسمة

١٦١ - اذا تمت القسمة فاختص كل شريك بجزء من الشيء الشائع ،
فان المتقاسمين الآخرين يكونون ضامنين لما يقع له من تعرض أو استحقاق فيما اختص به . هذا الضمان تفرضه طبيعة القسمة باعتبارها تصرفا ناقلا للحق . فطالما أن كل متقاسم يعتبر قد تلقى من المتقاسمين الآخرين أنصبتهم في الجزء المفرز الذي اختص به ، فقد كان من الطبيعي أن يضمن له هؤلاء المتقاسمون ما يقع له من تعرض أو استحقاق في هذه الحصص ، مثلهم في ذلك مثل البائع أو المقيض (٢) .

(١) تنص المادة المذكورة على أن « جميع التصرفات والاحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية الاصلية يجب كذلك تسجيلها ، ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير . ويسرى هذا الحكم على القسمة العقارية ولو كان محلها أموالا موروثة » .

(٢) على أن هذا الضمان يظل مفهوما أيضا في ظل الفقه الذي يرى أن القسمة تصرف اعلاني أو كاشف يستند الى حق الشريك الثابت منذ الشيوع ويقوم بتعديل محله بتركيزه في الجزء المفرز الذي اختص به تركيزا يزيل ما كان يحول دون مباشرته على الوجه الاكمل . (اسماعيل غانم ، بند ١٣٤ ، حسن كيرة ، الحقوق العينية الاصلية ، بند ١٣٣ ، دروس في الحقوق العينية الاصلية ، ص ٢٣١ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ١٥١ ، السنهوري ، بند ٥٨٦) .

على هذا النحو نصت المادة ٩٤٨ من قانون الموجبات اللبناني (بعد تعديلها بقانون ٢١ كانون الاول سنة ١٩٥٤) على أنه « يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق بسبب سابق للقسمة ويكون كل منهم ملزماً بنسبة حصته بالتعويض على مستحقى الضمان على أساس قيمة الشيء وقت القسمة • وإذا كان أحد المتقاسمين معسراً يوزع ما يترتب عليه لمستحق الضمان على جميع المتقاسمين الآخرين بنسبة نصيب كل منهم » • كذلك نصت المادة ١/٨٤٤ من التقنين المدني المصري في عبارات متقاربة على أنه « يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق بسبب سابق على القسمة • ويكون كل منهم ملزماً بنسبة حصته أن يعرض مستحق الضمان ، على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة • فإذا كان أحد المتقاسمين معسراً ، وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين » • ويلاحظ أن هذه النصوص لم تفصل أحكام الضمان المترتب على القسمة التفصيل الذي نعرفه في الضمان المترتب على البيع • لذلك فتكمل هذه النصوص بالقواعد المنظمة للضمان في البيع في الحدود التي لا تتعارض فيها هذه القواعد مع طبيعة القسمة والضمان المترتب عليها •

وقد نص كل من المشرع اللبناني والمشرع المصري على ضمان التعرض وضمان الاستحقاق وحده ، لذلك يذهب الفقه الى أن الضمان لا يشمل ضمان العيوب الخفية ، على عكس الحال في البيع ^(١) • ويبرر الفقه

(١) يلاحظ أن نص المادة ٩٤٨ من قانون الموجبات اللبناني ، قبل تعديله بقانون ٢١ كانون الاول سنة ١٩٥٤ كان يتضمن النص على العيوب الخفية •

السائد عدم ضمان العيوب الخفية في القسمة على أساس القول بأن هناك فرق بين البيع والقسمة من حيث أنه ليس هناك ما يضطر المشتري الى قبول مبيع معيب ، بينما لا بد في القسمة من أن تشمل الشيء المعيب بحيث يقع في نصيب أحد المتقاسمين ، هذا فضلا عن أنه اذا ما اكتشف عيب خفى فيما اختص به أحد المتقاسمين بالقسمة أمكن الالتجاء الى قواعد الغبن لنقض القسمة اذا توافرت شروطه وكانت القسمة اتفاقية • ويبدو لنا أن هذا التبرير غير مقنع خاصة اذا كانت القسمة قضائية بحيث لا يستطيع المتقاسم الذي اكتشف العيب في نصيبه الالتجاء الى الغبن ، مما يترتب عليه الاخلال بالمساواة بين المتقاسمين •

شروط الضمان :

١٦٢ — المقصود بالتعرض هو التعرض القانونى الذى يستند فيه المتعرض الى حق يدعيه ، سواء أكان حق ملكية ، أم حقا عينيا آخر ، كحق انتفاع ، أو حق ارتفاق غير ظاهر ، أم كان حقا شخصيا ، كما اذا تبين أن العقار الذى اختص به أحد الورثة في القسمة كان مؤجرا من قبل المورث بأجر يقل عن أجر المثل • على أن المتقاسم لا يضمن حق الارتفاق اذا كان ظاهرا أو أشير اليه في القسمة ، قياسا على ما نصت عليه المادة ٤٣٩ من قانون الموجبات اللبناني والمادة ٤٤٥/١ من التقنين المدنى المصرى ، بصدد البيع • أما التعرض المادى فالمتقاسم كالبائع لا يضمنه ، ويستطيع المتقاسم الذى وقع له هذا التعرض أن يدفعه دون حاجة الى معونة المتقاسمين الآخرين ، ما لم يكن التعرض المادى صادرا من أحد منهم •

ويذهب الفقه الى أن الضمان يقدم ولو كان التعرض أو الاستحقاق من أحد المتقاسمين الآخرين ، كما اذا تبين أن أحد الأشياء التي تشملها القسمة كان في الحقيقة ملكا خالصا لهذا الشريك المتعرض فيجوز له المطالبة به ، ويرجع المتقاسم الذي كان هذا الشيء في نصيبه على المتقاسمين الآخرين ، بما فيهم المتقاسم الذي استحققت له العين ، بالضمان • بل أن الضمان يحق على المتقاسمين جميعا اذا تبين أن الشيء الذي اختص به أحدهم كان ملكا خالصا له وليس داخلا في الشيوع •

ومع ذلك ، فاننا نرى مع البعض أنه اذا تمت القسمة فلا يجوز لأحد المتقاسمين أن يطالب بحق على شيء مما وقع في نصيب غيره من المتقاسمين بعد أن وافق على القسمة • وعلى ذلك فالسبيل الى مثل هذه المطالبة هو التمسك بإبطال القسمة للغلط ، بحيث تعاد القسمة من جديد بعد اخراج ما يكون مستحقا له من الأشياء المقسومة (١) •

ويشترط لقيام الضمان وفقا لنص المادة ٩٤٨ من قانون الموجبات اللبنانية والمادة ٨٤٤ من التقنين المدني المصري أن يكون التعرض أو الاستحقاق لسبب سابق على القسمة ، اذ بالقسمة يستقل كل من المتقاسمين بما اختص به فلا يصبح مسئولا عما يحدث للمتقاسمين الآخرين • فاذا كان سبب الضمان أو الاستحقاق لاحقا على القسمة فلا يقوم الضمان • مثال ذلك أن يملك الغير العقار الذي وقع في نصيب أحد المتقاسمين بالتقادم بعد القسمة • على أن المتقاسم يضمن التعرض لسبب لاحق على القسمة

(١) في هذا المعنى : منصور مصطفى منصور ، بند ٩١ •

إذا كان حق المتعرض آيلا منه شخصيا قياسا على حكم البيع في هذا الصدد (١) ، اذ لا مبرر للفرقة في هذا بين البيع والقسمة (٢) .

كذلك يشترط لقيام الضمان ألا يكون الاستحقاق راجعا الى خطأ المتقاسم نفسه ، فالمتقاسم يجب أن يتحمل وحده نتيجة هذا الخطأ . فلا يقوم الضمان مثلا اذ قصر المتقاسم في الدفاع فلم يتمسك قبل المتعرض بالتقادم رغم أنه كان في امكانه ذلك ، أو اذا أغفل بوجه عام اشراك المتقاسمين الآخرين في الدعوى رغم أنه كان في امكانهم دفعها . ويطبق في هذا الشأن أحكام الضمان في البيع المنصوص عليها في المادة ٤٤١ من قانون الموجبات اللبناني والمادتين ٤٤٠ و ٤٤١ من التقنين المدني المصري (٣) .

وأخيرا يشترط لقيام الضمان ألا يكون هناك اتفاق يقضى بالاعفاء من الضمان . فالاتفاق على الاعفاء من الضمان ممكن في القسمة كما في البيع . على أن المشرع المصري — خلافا للمشرع اللبناني — يشترط أن يكون مثل هذا الاتفاق في القسمة صريحا من ناحية ، وأن يكون خاصا تحدد فيه

(١) تنص المادة ٤٣٩ من التقنين المدني المصري بصدد البيع على أن البائع يضمن « عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه ، سواء كان التعرض من فعله هو أن من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري . ويكون البائع ملزما بالضمان ، ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع ، اذا كان هذا الحق قد آل اليه من البائع نفسه » . فهذه المادة تسوى بين التعرض السابق على القسمة والتعرض بسبب لاحق على القسمة اذا كان حق المتعرض آيلا من البائع نفسه . وليس في القانون اللبناني نص على التعرض لسبب لاحق على القسمة اذا كان حق المتعرض آيلا من البائع . ومع ذلك فمن المسلم به التسوية بينه وبين التعرض بسبب سابق على القسمة في الحكم (في هذا المعنى : توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، بند ١٦٦) .

(٢) منصور مصطفى منصور ، بند ٩٠ .

(٣) راجع في أحكام البيع في هذا الصدد والمقارنة بين النصوص اللبنانية والمصرية فيه : توفيق حسن فرج المرجع السابق ، بند ١٧٦ وما بعدها .

أسباب الاستحقاق التي يكون الاعفاء منها من ناحية أخرى (م ٨٤٤/٢ مدنى مصرى) ، بعكس البيع الذى يمكن أن يكون فيه الاعفاء من الضمان ضمناً أو عاماً دون تحديد لسبب معين من أسباب الضمان .

مفاعيل أو آثار الضمان :

١٦٣ — إذا تحققت شروط الضمان ، فأخطر المتقاسمون بدعوى الغير، كان عليهم الاشتراك مع المتقاسم المدعى عليه فى دفعها . فإذا حكم للمدعى بالاستحقاق انحصر التزام المتقاسمين بالضمان فى تعويض المتقاسم المستحق منه . ذلك أن كلا من المشرع اللبنانى والمشرع المصرى لم يرد أن يترتب على الاستحقاق إعادة القسمة من جديد بما تتطلبه من جهد ونفقة وعدم استقرار ، واكتفى لتحقيق المساواة بين المتقاسمين بتعويض المتقاسم المستحق منه بمبلغ نقدى عما نقص من نصيبه نتيجة ثبوت حق الغير .

وتوزع الخسارة على المتقاسمين جميعاً — بما فيهم المتقاسم المطالب بالضمان — بنسبة حصة كل منهم . وتحقيقاً للمساواة الفعلية بين المتقاسمين نصت المادة ٩٤٨ من قانون الموجبات اللبنانى والمادة ٨٤٤/١ من التقنين المدنى المصرى على أنه إذا كان أحد المتقاسمين معسراً ، وزع التعويض الذى يترتب عليه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين .

وقد نص كل من المشرع اللبنانى والمشرع المصرى صراحة على أن تكون العبرة فى تقدير قيمة الشئ تمهيداً لحساب الخسارة التى تترتب على الاستحقاق ، بقيمة هذا الشئ وقت القسمة لا وقت الاستحقاق ، على

عكس الحال في البيع حيث تكون العبرة في تقدير الشيء المبيع ، لمعرفة التعويض المترتب على الاستحقاق ، بقيمته وقت الاستحقاق لا وقت البيع . ويرجع هذا الفرق بين القسمة والبيع — فيما يقوله الفقه — الى أن أساس الضمان في القسمة هو تحقيق المساواة بين المتقاسمين ، والعبرة في هذه المساواة بوقت القسمة ، بينما أساس الضمان في البيع هو حصول المشتري على القيمة التي فقدها بالاستحقاق ، وهذه القيمة تتمثل فيما نقص من قيمة المبيع بالاستحقاق وقت هذا الاستحقاق .

والواقع أن اتخاذ قيمة الشيء وقت القسمة أساسا للتعويض محل نظر ، كما يرى البعض بحق ، إذ أنها لا تؤدي الى المساواة بين المتقاسمين . فتحقيق المساواة بين المتقاسمين يكون عند اجراء القسمة فحسب ، بحيث يكون من الطبيعي أن تتغير قيمة الاجزاء المقسومة بعدها ، فيستفيد كل متقاسم أو يضار من هذا التغير ، ومن ثم فالتعويض وفقا لقيمة الشيء وقت القسمة يترتب عليه الاخلال بالمساواة التي كانت قائمة وقت اجرائها ، فيزيد أو ينقص نصيب المتقاسم الذي حصل له التعرض عما كان يجب أن يكون عليه فيما لو لم يحدث هذا التعرض (١) .

ويسقط الالتزام بالتعويض بمضى عشر سنوات في القانون اللبناني وخمس عشرة سنة في القانون المصري طبقا للقواعد العامة . وتسرى هذه المدة من وقت الاستحقاق باعتباره الوقت الذي ينشأ فيه الالتزام بالتعويض .

(١) انظر في هذا الشأن : منصور مصطفى منصور ، بند ٩٠ .

الفصل الثالث

الشيوع الاجبارى

١٦٤ — الاصل فى الشيوع التوقيت ، بحيث يكون مصيره الزوال بالقسمة واستبدال كل شريك ملكية مفرزة لجزء من المال الشائع بحقه الشائع على المال كله . على أن الشيوع قد يكون وضعاً معداً للدوام بالنظر الى التخصيص المعد له المال الشائع . وفى هذا الشأن تنص المادة ٨٤٢ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى على أنه « لا يجوز طلب القسمة اذا كان موضوع الشركة أشياء لا تبقى بعد قسمتها صالحة للاستعمال المعدة له » ، وتنص المادة ٨٥٠ من التقنين المدنى المصرى على أنه « ليس للشركاء فى مال شائع أن يطلبوا قسمته اذا تبين من الغرض الذى أعد له هذا المال ، أنه يجب أن يبقى دائماً على الشيوع » . فالذى يميز الشيوع الاجبارى عن الشيوع العادى هو أن المال الشائع فى الشيوع الاجبارى مخصص لغرض معين ، وأن هذا الغرض يقتضى أن يبقى المال على الشيوع دائماً طالما بقى هذا المال مخصصاً لهذا الغرض . وعلى ذلك فالمال الشائع شيوعاً اجبارياً لا يجوز قسمته الا اذا انتهى تخصيصه للغرض المعد له والذى يقتضى بقاءه على الشيوع ، لاي سبب من الاسباب .

١٦٥ — ويتوافر الشيوع الاجبارى فى صورتين أساسيتين : الشيوع الاجبارى الاصلى والشيوع الاجبارى التبعى . فأما الشيوع الاجبارى الاصلى فيتحقق اذا ما كان المال الشائع مخصصاً ، بصفة مستقلة ، لخدمة

أو انتفاع مجموعة من الأشخاص على وجه الدوام ، كمباني مدافن الاسرة ^(١) ، وصورها ووثائقها • ويمكن أن نضيف الى هذه الصورة جميع الحالات التي يكون فيها الشخص المعنوي ذاته مملوكا لعدة أشخاص ، كما هو الشأن بالنسبة للشركات ، اذا أن الشخص المعنوي المملوك يكون في هذه الحالات مخصصا لغرض معين في سبيل خدمة أو انتفاع الأشخاص المالكين له •

وأما الشيوع الاجباري التبعي فيتحقق اذا ما وجد شيء شائع مخصص لخدمة عقارات أو أجزاء من عقار واحد مملوكة للشركاء على سبيل الافراز ، كالمسقاة المشتركة اذا كانت مملوكة على الشيوع ، والساقية المشتركة ، والفناء أو الممر المشترك ، والحائط الفاصل المشترك ، والاجزاء المشتركة في منزل مقسم الى شقق أو طبقات لملاك مختلفين •

والشيوع الاجباري التبعي اذا ما كان واردا على عقار فانه يتفق على هذا النحو مع حقوق الارتفاق في أن الشيء الشائع مخصص لخدمة عدة عقارات أو اجزاء من عقار مملوكة على سبيل الافراز ، على نحو ما يخصص العقار المرتفق به لخدمة العقار المرتفق • غير أن الشيوع الاجباري التبعي يظل متميزا عن حقوق الارتفاق • ففي الشيوع الاجباري التبعي يكون العقار الخادم مملوكا لاصحاب العقارات المخدومة على سبيل الشيوع ، بينما في حقوق الارتفاق يكون العقار المرتفق به مملوكا لمالك

(١) أما في أراضي المدافن ذاتها فهي من الاشياء العامة ، ولا يكون البناء عليها الا بترخيص اداري (راجع في هذا الشأن : محمد كامل مرسى ، بند ١٧٣) •

آخر غير مالك العقار المرتفق (١) لذلك فتسرى على الشيوع الاجبارى
التبعى أحكام الملكية دون أحكام الارتفاق •

والحق فى العقار الشائع شيوعا اجباريا تبعا لا يسقط بعدم الاستعمال
بينما الحق فى الارتفاق يسقط بعدم الاستعمال مدة التقادم المسقط •

والحق فى العقار الشائع شيوعا اجباريا تبعا لا يمكن تغيير محله من
عقار الى عقار آخر ، بينما الحق فى الارتفاق يمكن تغيير محله الى
موضع آخر من العقار المرتفق به اذا كان موضعه الاصلى قد أصبح من
شأنه زيادة عبء الارتفاق على هذا العقار أو منع احداث تحسينات فيه
(م ٣/٨٩ من قانون الملكية العقارية اللبنانى و م ٢/١٠٢٣ من القانون
المدنى المصرى) (٢) •

والحق فى العقار الشائع شيوعا تبعا يخول صاحبه الانتفاع بالعقار
الشائع — فى الحدود التى سوف نراها — (٣) ودفع اعتداء الغير عليه ،

(١) انظر فى هذا المعنى :

محمد كامل مرسى ، بند ١٥٣ ، شفيق شحاتة ، ص ١٧٥ ، هـ ٢ ، محمد على
عرفه ، بند ٣٤٥ ، عبد المنعم البدر اوى ، بند ١٦٩ ، اسماعيل غانم ، بند
حسن كيرة ، الحقوق العينية الاهلية ، بند ١٧١ ، دروس فى الحقوق العينية
الاصلية ، ص ٢٣٧ ، السنهورى ، بند ٥٩٧ •

Aubry et Rau, T. 2, No. 221; Baudry Lacantinerie et Chauveau,
No. 274.

(٢) اسماعيل غانم ، بند ١٤٤ ، حسن كيرة ، الحقوق العينية الاصلية ،
بند ١٧١ •

(٢) اسماعيل غانم ، بند ١٤٤ ، حسن كيرة ، الحقوق العينية الاصلية ،
بند ١٧١ ، السنهورى ، بند ٥٩٧ •

Planiol, Ripert et Picard, T. 3, No. ١٠١١ ; Colin, Capitant et de
La Morandière, T. 1, No. 1043 et ss. Carbonier, p. 93.

بينما استعمال صاحب الارتفاق للعقار المرتفق به يقتصر على حدود الارتفاق المخول له ، ولا يكون له دفع اعتداء الغير على هذا العقار طالما لم يكن هناك اعتداء على حقه (١) .

١٦٦ — واذا كان الفرق الجوهرى بين الشيوع الاجبارى وبين الشيوع العادى هو أن الاول بعكس الآخر لا يقبل القسمة ، فان هذا الفرق يرجع الى الغرض الذى يخصص له المال الشائع شيوعا اجباريا . ولكن الغرض المخصص له المال الشائع شيوعا اجباريا ينعكس كذلك على أحكامه ، سواء فيما يتعلق بالانتفاع به أو فيما يتعلق بالتصرف فيه ، على نحو يميز بين هذه الاحكام وبين أحكام الشيوع العادى .

(١) فاذا افترضنا ان هناك عقاران يفصل بينهما طريق معين ، فان كان هذا الطريق ملكية مشتركة كان لكل شريك — بجانب المرور — أن يفتح مطلا عليه دون أن يلتزم بترك مسافة فى ملكه الا اذا كان عرض الطريق اقل من المسافة القانونية فيلزم بترك مسافة تساوى الفرق بين عرض الطريق وبين المسافة القانونية (انظر فى هذا الشأن : نقض مدنى ١٩٤٤/١١/٢ ، مجموعة عمر ، س ٤ ، رقم ١٥٤ ، ص ٤٣٠) ، وكان له سد المطل الذى يفتحه جار ثالث على هذا الطريق دون أن يترك المسافة القانونية فى ملكه ولو كان ذلك المطل فى الناحية الملاصقة لعقار شريكه . اما اذا كان هناك طريق مملوك ملكية خاصة لأحد الجارين ولكن للآخر ارتفاق بالمرور فيه فليس لهذا الجار سوى المرور بحيث يلزم اذا أراد البناء أن يترك من ملكه المسافة القانونية كلها مهما كان عرض الطريق ، وليس له أن يطالب بسد المطل الذى يقيمه جار ثالث دون مراعاة المسافة القانونية . واذا كان هناك طريق نصفه مملوك ملكية خالصة لأحد الجارين ونصفه الآخر مملوك ملكية خاصة للجار الآخر وكان لكل من الجارين حق ارتفاق بالمرور على الجزء المملوك لشريكه وجب على كل من الشريكين اذا أراد فتح مطل على الطريق أن يترك المسافة القانونية بين حافة المطل وبين منتصف الطريق ، واذا أقدم جار ثالث على فتح مطل على الطريق دون مراعاة المسافة القانونية فله المطالبة بسده ان كان على نصف الطريق مملوك له وليس له ذلك ان كان على النصف الآخر .

١ - ففي الشيوخ العادى لا يجوز لاي من الشركاء أن يستعمل الشئ الشائع دون موافقة بقية الشركاء لما يتضمنه ذلك من تعد على حقوقهم ، بينما يجوز لكل من الشركاء فى الشيوخ الاجبارى أن يستعمل الشئ الشائع اذا لم يكن فى هذا الاستعمال ما يتعارض مع الغرض المخصص له ، أو ما يكون من شأنه الاضرار بالشركاء الاخرين ، اذ أن الشئ الشائع شيوعا اجباريا مخصص للاستعمال فى هذا الغرض لمصلحة جميع الشركاء . فاذا كان هناك طريق مملوك على الشيوخ للملكى الاراضى المجاورة له ، كان لكل منهما أن يفتح مطلا عليه كما تقدم ، أما اذا كان هناك أرض مملوكة على الشيوخ العادى للملكى الاراضى المجاورة فليس لاي منهم أن يفتح مطلا فى ما يقيمه من بناء فى عقاره ما لم يراع المسافة القانونية من حد الارض الشائعة الملاصق لعقاره ، اذ أن فى فتح مطل مباشر على الارض الشائعة ما ينقص من قيمتها ويمس بالتالى بحق الشريك الاخر .

أما اذا كان فى استعمال الشريك للشئ الشائع شيوعا اجباريا ما يتعارض مع الغرض المخصص له أو ما يضر بشركائه ، فان هذا الاستعمال يمتنع عليه . فليس للشريك فى المسقاة مثلا أن يستعملها لرى أرض أخرى مملوكة له غير المخصصة لها المسقاة ، وليس له أن يستعملها على وجه يحول بين شركائه وبين رى أراضيه المخصصة لها المسقاة .

٢ - وفى الشيوخ العادى توزع نفقات الشئ الشائع على الشركاء بنسبة حق كل منهم الى حقوق شركائه . ولكن هذه القساعة أن كانت تنطبق على الشيوخ الاجبارى الاصلى ، فان تطبيقها على الشيوخ الاجبارى التبعى محل شك ، لان الشئ الشائع شيوعا اجباريا تبعيا

يكون مخصصا لخدمة عقارات مملوكة ملكية مفرزة للشركاء ، مما تقتضى العدالة معه بتوزيع نفقات هذا الشيء على الشركاء بنسبة قيمة العقارات التى يملكها كل منهم ملكية مفرزة والتى أعد الشيء الشائع لخدمتها ^(١) . ومع ذلك فيلاحظ أن الغالب أن يكون الشيء الشائع شيوعا اجباريا مملوكا للشركاء بنسبة قيمة عقاراتهم المفرزة التى تنتفع به .

٣ - وفى الشيوخ العادى يجوز للشريك أن يتصرف فى حقه الشائع لمن يشاء ، بينما لا يجوز للشريك فى الشيوخ الاجبارى أن يتصرف فى حقه على نحو يتعارض مع الغرض المخصص له الشيء الشائع . فليس للشريك فى مدافن الاسرة مثلا أن يتصرف فى حقه لاجنبى . وليس للشريك فى الشيوخ الاجبارى التبعى أن يتصرف فى حقه الا مع العقار التابع له .

وإذا كانت هذه هى القواعد العامة فى الشيوخ الاجبارى فقد خص كل من المشرع اللبنانى والمشرع المصرى صورتين منها بتنظيم مفصل ، هما صورة الحائط الفاصل المشترك وصورة ملكية الطبقات أو الشقق ^(٢) .

(١) فى هذا المعنى : اسماعيل غانم ، بند ١٤٥ ، منصور مصطفى منصور بند ٩٧ ، وقارب : عبد المنعم البدر اوى ، بند ١٧٠ . وقارن حسن كيرة ، بند ١٤٠ . Marty et Raynaud, op. cit., No. 236.

(٢) انفرد المشرع المصرى فى التقنين المدنى الحالى بوضع نظام خاص لملكية الاسرة روعى فيه ما يربط أفراد الاسرة من صلة وثيقة لا تتحقق عادة بين الشركاء المشتاعين الذين لا تربطهم رابطة الاسرة الواحدة . فقد يبقى أفراد الاسرة الواحدة فى الشيوخ بعد موت مورثهم يستثمرون تركته معا إذا كانت ارضا زراعية أو محلا تجاريا مثلا ، أو يستعملونها معا إذا كانت منزلا يسكنونه . وقد يقدم أفراد الاسرة ما يملكه كل منهم لاستثماره أو استعماله معا دون أن يرجع أصله لتركة مشتركة

وتنص المادة ٨٥١ من التقنين المدنى المصرى على أن « لاعضاء الاسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة ، أن يتفقوا كتابة على إنشاء =

المبحث الاول : ملكية الحائط الفاصل المشترك

المبحث الثانى : ملكية الطبقات أو الشقق •

المبحث الاول

ملكية الحائط الفاصل المشترك

١٦٧ — اذا كان الحائط الفاصل بين جارين مملوكا لهما على

= ملكية للأسرة . وتتكون هذه الملكية اما من تركة ورثوها واتفقوا على جعلها كلها او بعضها ملكا للأسرة ، واما من أى مال آخر مملوك لهم اتفقوا على ادخاله فى هذه الملكية . ويتضح من هذا النص أن ملكية الأسرة لا تكون الا بين أعضاء الأسرة الواحدة . ويذهب بعض الفقه الى أن المقصود بأعضاء الأسرة الواحدة المعنى الذى تأخذ به المادة ٣٤ مدنى فى نصها على أن :

« ١ — تتكون اسره الشخص من ذوى قرياه . ٢ — ويعتبر من ذوى القربى كل من يجمعهم أصل مشترك » . فلا يصح انشاء هذه الملكية بين من لا تجمعهم سوى قرابة المصاهرة كالزوجين ، لأن أحدهما لا يعتبر من ذوى القربى بالنسبة للآخر . على أن جانباً من الفقه قد ذهب بحق الى عدم التقيد بنص المادة ٣٤ فى تحديدها لمعنى الأسرة فى هذا المجال وأجاز انشاء ملكية الأسرة بين الزوجين نظراً لأن أساس نظام ملكية الأسرة هو الرابطة القوية بين الشركاء وان هذه الرابطة تكون أقوى ما يمكن بين الزوجين .

ويبدو من نص المادة ٨٥١ أنها تشترط لقيام ملكية الأسرة أن يجمع أعضاء الأسرة « وحدة العمل أو المصلحة » . ولكن الواقع أن وحدة العمل أو المصلحة لا تعدو أن تكون الغرض الذى لا يتصور بدونه الاتفاق على انشاء ملكية الأسرة ، وليست شرطاً لانعقاد الاتفاق على انشاء ملكية الأسرة بحيث يترتب على تخلفه بطلان الاتفاق .

وملكية الأسرة تشمل ما يكون مملوكاً لأعضائها من منقول أو عقار ويتفق على ادخاله فيها ، أيا كان سبب اكتساب ملكيته وسواء أكان هو الميراث أم غيره من أسباب كسب الملكية . على أن الجوهري فى ذلك أن تكون الأشياء الداخلة فى ملكية الأسرة مملوكة للأعضاء وقت الاتفاق فلا يصح الاتفاق على انشاء ملكية أسرة بالاموال التى تؤول اليهم فى المستقبل .

وملكية الأسرة لا تنشأ الا باتفاق كتابى بين أعضاء الأسرة . فإذا لم يوجد اتفاق فلا تقوم ملكية الأسرة أصلاً نظراً لأن رابطة التعاون التى تقوم عليها ملكية الأسرة قد لا تكون متوافرة بين أعضاء الأسرة ، وكذلك الحال اذا لم يكن هذا الاتفاق كتابياً . فالكتابة شرط لانعقاد لا للثبات . =

الشيوع كان هذا الشيوع اجباريا نظرا لطبيعة الغرض المخصص له هذا الحائط .

وقد وردت أحكام الحائط المشترك في القانون اللبناني في الباب الثالث من قانون الملكية العقارية الخاص بالارتفاق وفي الموضع المخصص منه للارتفاق القانوني المخصص للمنفعة العامة . كذلك وردت أحكام الحائط المشترك في القانون المدني المصري ضمن النصوص المخصصة للقيود التي ترد عليه الملكية وهي التسمية التي يصطنعها المشرع المصري للارتفاقات القانونية . ومن الواضح أن هذا الموضع الذي اختاره كل من المشرع اللبناني والمشرع المصري لأحكام الحائط المشترك موضع غير مناسب ، إذ أن أحكام الحائط المشترك تعنى بتنظيم نوع من الشيوع الاجباري التبعية حيث يفرض أن كل شريك في الحائط المشترك يملك عقارا أصليا مجاورا أو ملاصقا للحائط المشترك على سبيل الافراز يخصص هذا الحائط لخدمته ، ومن ثم كان الواجب

= وقد وضعت المادة ٢/٨٥٢ من التقنين المدني المصري حدا أقصى للمدة التي يجوز الاتفاق على بقاء ملكية الاسرة خلالها خمس عشرة سنة خلافا للاتفاق على البقاء في الشيوع العادي الذي لا يجوز لمدة تجاوز خمس سنوات ومع ذلك فقد أجازت المادة ١/٨٥٢ « لكل شريك أن يطلب من المحكمة الاذن في اخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الاجل المتفق عليه اذا وجد مبرر قوى لذلك » .

فاذا لم يتفق على مدة ملكية الاسرة كان لكل شريك « أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن إلى الشركاء رغبته في اخراج نصيبه » . وتعتبر ملكية الاسرة ملكية شائعة بين الاعضاء ، وتطبق عليها أحكام الشيوع في كل ما لم يرد بشأنه نص . على أن هذه الملكية تختلف عن الملكية الشائعة في وضعها العادي فيما يتعلق بالادارة وفيما يتعلق بالتصرف .

ففيما يتعلق بالادارة يجب أن يكون المدير الذي تعينه أغلبية الشركاء العادية أحدهم لا أجنبيا عنهم نظرا لما بين الشركاء من رابطة تمنع فرض أجنبي لا يرغبونه عليهم ، ويكون لهذا المدير القيام بأعمال الادارة العادية وغير العادية رغم أنه معين بالأغلبية العادية (م ١/٨٥٤) . وليس للأقلية الاعتراض على أعمال المدير وإن كان لها أن تطلب من المحكمة عزله اذا وجد سبب قوى يبرر ذلك (م ٨/٨٥٤) . ويجوز عزل المدير بالطريقة التي =

وضع هذه الاحكام في المكان المخصص للشيوع الاجباري^(١) . ولعل كلا من المشرع اللبناني والمشرع المصري قد تأثر في هذا الشأن بالفقه المرجوح الذي كان يرى في الشيوع الاجباري نوعا من حقوق الارتفاق المتبادلة .

والاشتراك في الحائط قد ينتج من اشتراك الجارين في اقامته أو من تصرف قانوني كعقد أو وصية تم قيدها في السجل العقاري أو تسجيلها . كذلك قد ينتج هذا الاشتراك عن طريق الالتصاق أو التقادم في جميع العقارات في مصر وفي العقارات غير المسووعة في لبنان . وقد وضع المشرع المصري فوق ذلك قرينه على الاشتراك في الحائط الفاصل فنص في المادة ٨١٧ على أن « الحائط الذي يكون وقت انشائه فاصلا بين بناءين يعد مشتركا حتى مفرقهما ، ما لم يقيم الدليل على العكس » .

ومقتضى هذا النص أنه يشترط لقيام هذه القرينة شرطان :

= عين بها ولو اتفق على غير ذلك . وتطبيق قواعد الوكالة في علاقة الشركاء بالمدير أو في علاقتهم بالغير الذي تعامل معه (م ٨٥٥) .
أما فيما يتعلق بالتصرف فقد نصت المادة ٨٥٣ على أنه « ١ - . . ولا يجوز لأي شريك أن يتصرف في نصيبه لأجنبي عن الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعا .

٢ - وإذا تملك أجنبي عن الأسرة حصة أحد الشركاء برضاء هذا الشريك أو جبرا عنه فلا يكون الأجنبي شريكا في ملكية الأسرة إلا برضائه ورضاء باقي الشركاء » .

فالتصرف إلى أحد الشركاء صحيح ونافذ في حقهم دون حاجة إلى موافقتهم لانتفاء مظنة تضررهم . والتصرف إلى أجنبي لا يجوز إلا بموافقة الشركاء جميعا على التصرف ، ولكن يجوز بيع الحق الشائع لأحد الشركاء جبرا عنه تنفيذا من دائنيته على أمواله . وإذا تملك أجنبي حصة الشركاء سواء بموافقة باقي الشركاء إذا كان البيع اختياريا أو بدون حاجة إلى موافقتهم إذا كان البيع جبريا ، فإنه لا يصبح بمقتضى ذلك شريكا في ملكية الأسرة وإنما يتعين إخراج حصته من هذه الملكية ما لم يتوافر اتفاق بينه وبين الشركاء جميعا على دخوله في ملكية الأسرة (م ٨٥٣/٢) حتى لا يتضرر من ذلك المتصرف إليه أو الشركاء .

(١) حسن حسن كيرة ، دروس في الحقوق الفنية الأهلية ، ص ٢٤١

فأما الشرط الاول فهو أن يكون الحائط الفاصل فاصلا بين بناءين لا مجرد فاصل بين عقارين • فإذا كان ملك أحد الجارين أرضا غير مبنية فلا يفترض الاشتراك في ملكية الحائط الفاصل ولو كان ملك الجار الآخر بناء •

وأما الشرط الآخر فهو أن يكون الحائط فاصلا بين البناءين منذ انشائه لا في تاريخ لاحق • فإذا كان أحد الجارين قد بنى في ملكه ، ثم تبعه الآخر في البناء مستترا ببناءه ، فلا يفترض الاشتراك في الحائط الفاصل بينهما •

فإذا توافر الشرطان افترض أن الحائط الفاصل مملوك للمالكى البنائين حتى أعلى جزء من البناء المنخفض • ولكن يجوز لاي منهما أن يقيم الدليل على أنه أقام هذا الحائط في ملكه وعلى نفقته •

١٦٨ — وإذا ثبت الاشتراك في ملكية الحائط فان هذا الحائط يعتبر مملوكا على سبيل الشيوع الاجبارى ، فلا يجوز قسمته بين الشركاء ولا يجوز لايهم التصرف في حصته فيه استقلالاً عن البناء الذى يملكه ، على نحو ما رأيناه في القواعد العامة للشيوع الاجبارى •

والاصل كذلك أن لكل مالك أن يستعمل الحائط المشترك في حدود الغرض المخصص له وبشرط عدم الاضرار بالشركاء الآخرين • وقد نصت المادة ٧٠ من قانون الملكية العقارية اللبنانى على أنه يجوز للشريك فى الحائط المشترك « أن يضع ، من جهة عقاره ، على الحائط المشترك أو أن يسند اليه جسورا أو منشآت أو سوى ذلك من الابنية حتى غاية نصف الثقل الذى يتحمله الحائط » • كذلك نصت المادة ١٤٨/١ من التقنين المدنى المصرى على أنه « لملك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذى أعد له •• » ، ثم مثلت لهذا الاستعمال فأجازت لملك الحائط المشترك « أن

يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته» .
وطبيعي أنه من الجائز أن تمتد هذه الجسور أو العوارض في القانون اللبناني
والمصرى الى ما يجاوز نصف سمك الحائط لان حق كل شريك من الشركاء
يرد على الحائط كله . ولكن للمالك الآخر طلب منع اقامة هذه الجسور أو
العوارض على الحائط اذا كانت تحمله فوق طاقته بما يزيد على نصف الثقل
الذى يتحمله الحائط ، أو طلب ازالة ما أقامه من ذلك ، فضلا عن المطالبة
بالتعويض ان كان له محل . كذلك لما كان الغرض من الحائط المشترك أن
يستند به العقاران المتجاوران فإنه لا يجوز لاي من الشريكين أن يفتح فيه
مناور ، بعكس الحال في الحائط الفاصل المملوك لاحد الجارين ملكية
خالصة .

وقد نصت المادة ٢/٨١٤ من التقنين المدني المصرى على أنه « اذا لم
يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذى خصص له عادة ، فنفقة اصلاحه
أو تجديده على الشركاء كل بنسبة حصته فيه » . فنفقات الحائط المشترك
طبقا لهذا النص تكون على كل من الشريكين بنسبة حق كل شريك ، على
نحو ما تقضى به القواعد العامة في الشيوع العادى . لذلك فهذا الحكم يجب
الاذخ به في القانون اللبناني رغم عدم وجود نص مماثل لنص القانون
المصرى خاصة وأنه يتفق مع أحكام « المجلة » التى كانت مطبقة في لبنان ولم
تلغ الا فيما تعارض من أحكامها مع التشريع الجديد ^(١) . ومن الواضح أنه
لا مجال للاشتراك في النفقات اذا كانت الفائدة منها تعود على أحد الشريكين
دون الآخر ^(٢) ، أو اذا كانت الحاجة اليها نتيجة لخطأ أحد الشركاء ولو

(١) في هذا المعنى :

Bichara Tabbah, op. cit., T. 1, No. 225.

٢٥٠

(٢) منصور مصطفى منصور ، بند ٩٩ ، السنهورى ، بند ٦٠٤

Planiol, Repert et Picard, T. 3, No. 310.

كانت منفعتها تعود عليهما معا ^(١) . وللشريك أن يتخلص من الاشتراك في النفقات اذا تخلى عن الملكية بما يستتبعه ذلك من عدم الانتفاع بالحائط .
فاذا قيد هذا التخلي في السجل العقارى أو سجل أصبح الحائط المشترك مملوكا ملكية مفرزة للشريك الذى تم التخلي لصالحه .

١٦٩ — وقد أجازت المادة ٨١٥ من التقنين المدنى المصرى للمالك اذا كانت له مصلحة جدية فى تعلية الحائط المشترك أن يعليه بشرط ألا يلحق بشريكه ضررا بليغا . وليس هذا سوى تطبيق لحق الشريك فى الشيوع الاجبارى فى التعديل فى الشئ لتحقيق مصلحته الشخصية ما دام ذلك لا يضر بشريكه .

فاذا كان الحائط صالحا لتحمل التعلية دون حاجة الى اعادة بنائه كان على الشريك الذى يريد التعلية ، وفقا للمادة ٨١٥/١ من التقنين المدنى المصرى « وحده أن ينفق على التعلية وصيانة الجزء المعلق ، وعمل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية دون أن يفقد شيئا من متانته » . فبالاضافة الى نفقات الجزء المعلق يكون على من يريد التعلية أن ينفق وحده على الاعمال التى تستلزمها التعلية فى الجزء الاسفل المشترك .

وقد أضافت المادة ٨١٥/٢ من التقنين المدنى المصرى أنه « واذا لم يكن الحائط المشترك صالحا لتحمل التعلية فعلى من يرغب فيها من الشركاء أن يعيد بناء الحائط على نفقته بحيث يقع ما زاد من سمكه فى ناحيته هو بقدر الاستطاعة » . فنفقات الهدم والبناء تكون على من يريد التعلية . وكذلك

(١) الاعمال التحضيرية ، ج ٦ ، ص ٦٥ .

يتعين على من يريد التعلية أن يجرى زيادة سمك الحائط في أرضه إذا اقتضى الامر ذلك ، فاذا تعذرت زيادة السمك في أرضه ولزم أن يشغل جزء من أرض جاره تعين عليه أن يعوضه عن ذلك .

ويلاحظ أن الحق في التعلية مشروط في الحالتين بعدم الاضرار بالجار ضررا بليغا . فاذا كان يترتب على هدم الحائط المشترك انهدام بناء الجار أو احداث خلل فيه فلا يجوز لجاره الشريك في هذا الحائط هدمه لاعادة بنائه .

واذا كان حكم المشرع المصرى في شأن تعلية الحائط المشترك يتفق على النحو السابق بيانه مع القواعد العامة ، فان المشرع اللبناني قد خرج على هذه القواعد في هذا الشأن فقرر في المادة ٧٠ من قانون الملكية العقارية أنه « لا يجوز لصاحب حائط مشترك أن يرفعه أو أن يبنى عليه بدون رخصة شريكه فيه » . ويلاحظ بعض الفقه أن هذا الحكم في القانون اللبناني ربما أريد به جعل أحكام القانون اللبناني متسقة في هذا الشأن مع أحكام «المجلة» المأخوذة عن الشريعة الاسلامية من أن عدم الاجبار ابتداء على الاشتراك في ملكية الحائط يفضى الى القول بعدم امكان تعليته ، اذا ما أقيم بالاشتراك اتفاقا ، الا باتفاق الطرفين كذلك ^(١) . ولكن اذا كان مثل هذا الحكم يؤدي الى تمكين الطرف الذي يرفض التعلية من التحكم في الطرف الآخر في هذا الشأن ، فان أعمال حكم التعسف في استعمال الحق على التمسك بهذا الحكم ، وهو ما تقرره «المجلة» نفسها ، يؤدي الى الحد من هذه النتيجة غير العادلة ^(٢) . وبذلك يؤدي اعمال نظرية التعسف على الحق في التعلية

(١) حسن كيرة ، دروس في الحقوق العينية الاصلية ، ص ٢٤٤

(٢) المرجع السابق في الموضع السابق

فى القانون المصرى وعلى الحق فى منع التعليق فى القانون اللبنانى ، الى تقريب حكم القانونين من الناحية العملية (١) .

ويلاحظ أنه اذا تمت التعليق دون حاجة الى هدم الحائط أو بعد هدمه واعادة بناءه ، سواء مبادأة من قبل الشريك فى القانون المصرى أو بموافقة الشريك الاخر فى القانون اللبنانى ، ظل الجزء الاسفل ملكا مشتركاً دون أن يكون لمن قام بذلك مطالبة الاخر بتعويض . أما الجزء العلوى فيكون ملكا خالصاً لمن قام بالتعليق . على أن كلا من المشرع اللبنانى والمشرع المصرى قد خول للشريك فى الجزء الاسفل الحق فى الاشتراك فى ملكية الجزء العلوى جبراً على مالكه اذا دفع نصف ما أنفق عليه ونصف قيمة الارض التى تقوم عليها زيادة السمك ان كانت هناك زيادة من ناحية محدث التعليق (م ٧١ من قانون الملكية العقارية اللبنانى و م ٨١٦ من التقنين المدنى المصرى) . ويظل هذا الحق فى الاشتراك فى ملكية الجزء العلوى قائماً طالما بقى الاشتراك فى الجزء الاسفل دون أن يسقط بالتقادم .

المبحث الثانى

ملكية الطبقات أو الشقق

١٧٠ — يقصد بملكية الطبقات أو الشقق ملكية البناء الذى يتعدد ملاكه بحيث يكون لكل منهم طبقة أو شقة خاصة به يملكها ملكية مفرزة ، مما يستتبع تملكهم للاجزاء المشتركة من البناء ملكية شائعة .

(١) المرجع السابق فى الموضوع السابق

وقد انتشر هذا النوع من الملكية في بعض الدول الاجنبية عقب الحربين العالميتين وما تبعهما من أزمة في الاسكان • وقد بدأ أخيرا في الانتشار في لبنان وفي مصر بعد أن لجأت بعض الجمعيات التعاونية من ناحية والدولة من ناحية أخرى الى بناء المساكن وتوزيعها •

ويقوم نظام ملكية الطبقات أو الشقق الذي ينتشر في الوقت الحاضر ، على أساس النظر الى هيكل البناء كوحدة يملكها الشركاء ملكية شائعة وتقتصر الملكية المفروزة لكل مالك على الجدران الثانوية التي توجد داخل الطبقة أو الشقة وما تشمله الطبقة أو الشقة في الداخل من أدوات وما تكسى به الارضية من أخشاب أو بلاط أو غيرها •

وقد عرفت الشريعة الاسلامية كذلك نظام الطبقات ، ولكن على أساس آخر مختلف عن أساس النظام الحديث يقوم على تقسيم البناء الى طبقات يملك كل مالك طبقة منها بما فيها من جدران وما يعلوها من سقف ملكية مفروزة وبحيث يكون لصاحب الطبقة الاعلى وتسمى « العلو » حق القرار على الطبقة التي تحتها وتسمى « السفلى » •

وقد قام المشرع اللبناني أخيرا بتنظيم ملكية الطبقات أو الشقق بقانون ١٩٦٢/١٢/٢٤ بشأن ملكية الابنية المؤلفة من عدة طوابق أو شقق • أما المشرع المصري فقد قام بتنظيمها في القانون المدني الجديد • وقد استمد المشرع اللبناني من النظام الفرنسي تنظيمه لملكية الابنية المؤلفة من عدة طبقات أو شقق • كذلك استمد التقنين المدني المصري تنظيمه لملكية الطبقات أو الشقق في المواد من ٨٥٦ الى ٨٦٩ من القانون الفرنسي ، ولكنه في نفس الوقت وضع في المواد ٨٥٩ ، ٨٦٠ ، ٨٦١ تنظيما لعلاقة صاحب العلو بصاحب السفلى مستمدا من أحكام الشريعة الاسلامية دون أن ينتبه الى

ما بين التنظيمين من تعارض • وقد ذهب الفقه — دفعا لهذا التعارض — الى القول بوجود نظامين مستقلين للملكية الطبقات أو الشقق في مصر : النظام الاول هو المأخوذ عن القانون الفرنسى ، وهو الاصل الواجب التطبيق ما لم يوجد في سندات الملكية ما يخالفه ، والنظام الاخر هو النظام المأخوذ عن الشريعة الاسلامية ، وهو لا يطبق الا اذا تبين من سندات الملك أخذ الشركاء به (١) •

وعلى ذلك سوف نعرض أولا للنظام القانونى للملكية الطبقات أو الشقق في لبنان ومصر ثم للنظام الاتفاقى للملكية الطبقات (العلو والسفل) في مصر •
المطلب الاول النظام القانونى للملكية الطبقات أو الشقق في لبنان ومصر
المطلب الثانى : النظام الاتفاقى للملكية الطبقات (العلو والسفل) في مصر •

المطلب الاول

النظام القانونى للملكية الطبقات أو الشقق في لبنان ومصر

الأجزاء المشتركة والاجزاء الخاصة :

١٧١ — الاصل أن الاجزاء المشتركة يحددها السند المنشئ للملكية الطبقات • فاذا لم يتضمن هذا السند تحديد صفة جزء من الاجزاء فيعتبر

(١) اسماعيل غانم ، بند ١٤٩ ، منصور مصطفى منصور ، بند ١٠٠ ، السنهورى ، بند ٦١٤

ومع ذلك فلا يميز بعض الفقه بين النظامين . انظر في ذلك : محمد كامل مرسى ، ج ٢ ، بند ١٦٥ ، محمد على عرفه ، بند ٣٥٩ وما بعده ، عبد المنعم البدرأوى ، بند ١٧٦ ، حسن كيرة ، بند ١٨٤ وما بعده ، خاصة ص ٦٠٤ ج ٢ •

ملكية مشتركة اذا كلن معدا للاستعمال المشترك بين جميع الملاك . وقد نصت المادة ٢/١ من قانون ١٩٦٢/١٢/٢٤ فى لبنان على هذا المعيار وضريت أمثلة متعددة له بقولها « تشمل أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك على الإخص : الاساس والحيطان الكبيرة — الحيطان الفاصلة المشتركة والحيطان المعدة للمداخن ولحمل السقف — الهيكل والحواجز التى تفصل بين الشقق — مجارى التهوية لبيوت الخلاء — ركائز السقوف والقناطر والسقوف والمداخل والسلام وأقفاسها والممرات والمأشى والدهاليز والمصاعد وغرف البوابين — أجهزة التدفئة والتبريد وسائر أنواع الانابيب والقساطل والمزاريب والمجارى والتركيبات المشتركة كتجهيزات الانارة والمياه وملحقاتها الا ما كان منها داخل الطبة أو الشقة » . واستنادا الى هذه الامثلة يمكن القول بأن الارض المقام عليها البناء تعد من الاجزاء المشتركة . كذلك نصت المادة ٨٥٦ على هذا المعيار مع التمثيل للاجزاء المشتركة بأمثلة قريبة من أمثلة المشرع اللبناني بقولها « اذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة ، فانهم يعدون شركاء فى ملكية الارض وملكية أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع وبوجه خاص الاساسات والجدران الرئيسية والمداخل والافنية والاسطح والمصاعد والممرات والدهاليز وقواعد الارضيات وكل أنواع الانابيب الا ما كان منها داخل الطبة أو الشقة ، كل هذا ما لم يوجد فى سندات الملك ما يخالفه » . واستنادا الى الامثلة التى ضربها المشرع المصرى للاجزاء المشتركة — وخاصة الاساسات والجدران الرئيسية — يمكن القول ان هيكل البناء كله يعتبر من الاجزاء المشتركة بين جميع الملاك حتى فيما يتعلق بالاجزاء التى تكون بعيدة من هذا الهيكل عن طابق أو شقة كل منهم .

على أن الاجزاء المعدة لاستعمال بعض الملاك دون البعض الآخر ، كالحواجز الداخلية الفاصلة بين شقتين ، تكون مشتركة بين هؤلاء الملاك

وحدهم • وقد نصت على ذلك المادة ٣/٥ من القانون اللبناني المذكور بقولها « تعتبر الحيطان الفاصلة بين شقتين مشتركة بين مالكي هاتين الشقتين •• » كما نصت عليه المادة ٣/٨٥٦ من التقنين المدني المصري بقولها « الحواجز الفاصلة بين شقتين تكون ملكيتها مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين » •

أما الأجزاء الخاصة بكل مالك فهي الأجزاء المعدة لاستعماله المنفرد ، كالحواجز الفاصلة بين الحجرات ، والأدوات والانايب داخل الطبقة أو الشقة والاختشاب والبلاط وخلافه مما قد تكسى به الجدران أو السقف أو الأرضية ، كما تشمل النوافذ والشرفات في القانون اللبناني (م ٤ من القانون) ، وهو ما يأخذ به البعض في مصر كذلك •

تحديد أنصبة الشركاء في الأجزاء المشتركة :

١٧٢ -- وقد حددت المادة ٢/٨٥٦ من التقنين المدني المصري نصيب كل مالك في الأجزاء المشتركة « بنسبة قيمة الجزء الذي له في الدار » أي بنسبة قيمة الطبقة أو الشقة التي يملكها ، وهو ما يجب الأخذ به كذلك في القانون اللبناني • وتظهر أهمية تحديد هذا النصيب في نواح مختلفة ، كتحديد نصيب كل مالك فيما قد يستحق من مقابل لجزء من هذه الأجزاء نتيجة بيعه أو نزعه للمنفعة العامة أو التعدي عليه من الغير ، وكتحديد نصيبه في نفقات هذه الأجزاء ، وتقدير رأي المالك عند حساب الأغلبية المطلوبة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإدارة الأجزاء المشتركة •

وإذا كان نصيب كل مالك في الأجزاء المشتركة يتحدد على هذا النحو بنسبة قيمة الجزء الذي يملكه في المبنى ، فإن التساؤل يثور حول أساس تحديد هذه القيمة والوقت الذي تحدد فيه •

ويذهب بعض الفقه الى تحديد قيمة نصيب كل مالك على أساس مساحته من ناحية وموقعه من ناحية أخرى ، على نحو ما يذهب اليه المشرع الفرنسى فى المادة السادسة من قانون سنة ١٩٣٨ (١) أما وقت تحديد هذه القيمة فقد اختلف فيه بين وقت النزاع الذى تثور بشأنه مسألة التقدير وبين وقت انشاء البناء • فقد ذهب البعض (٢) الى تحديد قيمة نصيب كل مالك وقت النزاع بحيث يدخل فى حساب هذه القيمة ما يكون قد لحق هذا النصيب من زيادة أو نقص فى قيمته بعد الانشاء ، كما لو أصبح الحى الموجود به البناء حيا تجاريا مما يمكن معه استخدام الطبقات السفلى فى البناء كمحلات تجارية بما يزيد فى قيمتها دون قيمة الطبقات العليا • وذهب البعض الآخر ، وهو ما نفضله ، الى الاعتداد بقيمة البناء وقت انشائه ، دفعا لما قد يثور من منازعات فيما لو قلنا بالتقدير وقت النزاع (٣) •

هذا ويلاحظ ضرورة قيد سند ملكية البناء فى السجل العقارى أو تسجيله • وقد نظم المشرع اللبنانى عملية القيد ، فقضى بأن يقيد فى سجلات الدوائر العقارية كل طابق أو شقة على حدة كحق مختلف ، فتعتبر عندئذ أرض العقار وأجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك قسما مشتركا لجميع أصحاب الشقق والطوابق • ويعطى هذا القسم المشترك رقما خاصا هو دائما الرقم واحد ويقيد على صحيفة العقار العينية ، ويعطى كل طابق أو شقة مستقلة رقما مسلسلا اعتبارا من الرقم اثنين ، وتتبع هذه الأرقام فى جميع الحالات رقم العقار الاساسى ، فيعرف كل طابق أو شقة بهذا الرقم مضافا اليه رقم

(١) منصور مصطفى ، بند ١٠٢ •

(٢) محمد على عرفه ، بند ٣٥٧ • وقارب : عبد المنعم البدر اوى ، بند ١٧٧ •

(٣) اسماعيل غانم ، بند ١٥٣ ، منصور مصطفى منصور ، بند ١٠٢ ، السنهورى ، بند ٦٢٥ •

الطابق أو الشقة الخاص • وتنظم صحيفة عينية اضافية لكل طابق أو شقة
تفيد عليها الحقوق العينية الخاصة بها (م ١ من القانون) •

حقوق الشركاء وواجباتهم :

١٧٣ — واذا كانت ملكية الطبقات أو الشقق تقوم على أساس التفرقة
بين الاجزاء المشتركة والاجزاء الخاصة ، فان كلا منهما يخضع لنظام يختلف
عن الآخر •

فالاجزاء المشتركة تخضع لنظام الشيوع الاجبارى :

١ — فلا يمكن طلب قسمة الاجزاء المشتركة ، ولا يمكن التصرف فيها
أو التنفيذ عليها مستقلة عن الطبقة أو الشقة ذاتها (م ١/٢ من القانون
اللبنانى وم ٢/٨٥٦ من التقنين المدنى المصرى) وانما يعتبر التصرف فى الطبقة
أو الشقة أو التنفيذ عليها شاملا فى نفس الوقت للحق الشائع فى الاجزاء
المشتركة • وقد حرص المشرع اللبنانى على أن ينبه الى أنه من حق الشركاء
افراز جزء من العقار غير المبنى والتصرف فيه مستقلا وفقا لاحكام نظام
ادارة البناء المشترك (م ١/٢) سالفه الذكر •

٢ — وللمالك وفقا لنص المادة ١/٤ من القانون اللبنانى « •• ضمن
شروط النظام المبرز للدوائر العقارية أن يستعمل القسم المشترك فيما أعد له
على ألا يحول دون استعمال باقى المالكين » • وقد نصت المادة ٢/٨٥٧ من
التقنين المدنى المصرى على نفس الحكم بقولها « كل مالك ، فى سبيل الانتفاع
بالجزء الذى يملكه فى الدار ، حر فى أن يستعمل الاجزاء المشتركة فيما أعدت
له ، على ألا يحول دون استعمال باقى الشركاء لحقوقهم » • فحق المالك فى

استعمال الاجزاء المشتركة لا يقيده سوى أن يكون في الغرض المعدة له من ناحية والا يضر بالشركاء الآخرين من ناحية أخرى • فلا يجوز لاحد الملاك مثلا أن يسند جدار بناء يقيمه على أرض مجاورة على جدار الدار التي يملك طبقة أو شقة فيها ، ولا يجوز للشريك أن يستعمل المدخل أو الممرات أو السلم في عرض منتجاته أو بضائعه ولو كان نصيبه في البناء متجرا ، ولا يجوز لاحد الشركاء أن يستأثر باستعمال هذه الاجزاء دون شركائه اذا كان استعمالها يقتضى التناوب ، كحجرة للغسيل مثلا •

٣ — كذلك يكون للمالك أن يحدث ما يراه من تعديل في الاجزاء المشتركة دون حاجة الى الحصول على موافقة بقية الملاك ، بشرط أن يكون من شأن هذا التعديل تسهيل استعمال الاجزاء المشتركة دون تغيير في تخصيصها أو اضرار بالملاك الآخرين ، وبشرط أن يتحمل وحده نفقات هذا التعديل • وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٨٥٧/٢ من التقنين المدني المصري •

ولكن اذا كان من شأن هذا التعديل تعويق استعمال الاجزاء المشتركة أو تغيير تخصيصها أو الاضرار بالملاك الآخرين ، فلا يملك شريك الانفراد بالقيام به ولو على نفقته ، وانما يلزم لذلك الحصول على اجماع الشركاء أو أغلبيتهم اذا كانوا يكونون جمعية أو اتحادا على ما سوف يرد ذكره • وقد نصت على ذلك المادة ٤/٢ من القانون اللبناني بقولها « ولا يجوز لاي مالك أن يقوم بأى عمل من شأنه أن يهدد سلامة البناء أو أن يغير في شكله أو في مظهره الخارجى • ولا يجوز احداث تعديل في القسم المشترك ، حتى عند تجديد البناء ، وفي كل ما هو ضرورى لتأليف وتناسق البناء ، الا بقرار تصدره الجمعية بأغلبية ثلاثة أرباع الاصوات على الاقل » •

٤ — وعلى الملاك ، وفقا للمادة ١/٥ من القانون اللبناني والمادة ٨٥٨/١

من التقنين المدنى المصرى ، أن يتقاسموا تكاليف حفظ الاشياء المشتركة ، وصيانتها وادارتها وتجديدها كل بنسبة قيمة الجزء الذى له فى البناء ما لم يتفق على غير ذلك ، وليس بحسب الانتفاع الفعلى بالاجزاء المشتركة ، تجنباً لما يثيره تقدير الانتفاع الفعلى من منازعات • وتقدر قيمة الجزء الذى لكل مالك فى البناء على النحو الذى سبق أن رأيناه • ويلاحظ أنه اذا تسبب أحد الشركاء فى زيادة النفقات المشتركة فانه يكون وحده مسئولاً عنها وفقاً للقواعد العامة • وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٢/٥ من القانون اللبنانى •

وقد نصت المادة ٢/٨٥٨ من التقنين المدنى المصرى على أنه « لا يحق للمالك أن يتخلى عن نصيبه فى الاجزاء المشتركة للتخلص من الاشتراك فى التكاليف المتقدمة الذكر » • وهذا الحكم يجب الاخذ به كذلك فى القانون اللبنانى رغم عدم وجود نص عليه • فالواقع أن انتفاع الشريك المالك بالطبقة أو الشقة غالباً ما يفترض الانتفاع بالاشياء المشتركة • فيلزم للتخلص من النفقات المشتركة تخلى الشريك المالك عن كل نصيبه المقرر فى الدار بما يتبعه من أشياء مشتركة سواء فى القانون المصرى أو اللبنانى •

ويلاحظ أن المادة ٧٢ من قانون الملكية العقارية اللبنانى الصادر به القرار رقم ٣٣٣٩ بتاريخ ٢٢ تشرين الثانى سنة ١٩٣٢ ، والواردة فى المكان المخصص من هذا القانون للارتفاق القانونى المخصص للمنفعة الخصوصية تقضى بأنه « اذا كانت طوابق بيت تخص مالكين مختلفين ، فان التوصيلات والتجديدات فى البناء تكون خاضعة للاحكام التالية ، ما لم يكن هناك شروط مخالفة مذكورة فى سندات الملكية •

— كلفة الجدران الضخمة والسقوف هى على عاتق جميع أصحاب العقار،
كل واحد بنسبة قيمة الطابق الذى يملكه •

— على صاحب كل طابق كلفة أرض الطابق التي يمشى عليها .
— على صاحب الطابق الاول كلفة الدرج المؤدى الى ذلك الطابق ، وعلى صاحب الطابق الثانى كلفة الدرج الذى يؤدى اليه ابتداء من الطابق الاول وهم جرا » .

وقد نصت المادة ١٨ من قانون ١٩٦٢/١٢/٢٤ الخاص بتنظيم ملكية الابنية المؤلفة من عدة طوابق أو شقق على أنه « لا تطبق أحكام المادة ٧٢ من القرار رقم ٣٣٣٩ تاريخ ١٢ تشرين الثانى سنة ١٩٣٠ على الابنية المقيدة بالدوائر العقارية وفقا لاحكام المادة الاولى من هذا القانون » ومقتضى هذا النص الاخير أن تكاليف حفظ وصيانة وإدارة الاجزاء المشتركة تطبق بشأنها المادة الخامسة من قانون ١٩٦٢/١٢/٢٤ الخاص بتنظيم ملكية الابنية المؤلفة من عدة طوابق أو شقق ، والتي تجعل نصيب كل شريك فيها بنسبة قيمة ما يملك من العقار ، وذلك اذا كان العقار مقيدا فى السجل العقارى . أما اذا لم يكن العقار مقيدا فى السجل العقارى فلا تسرى بشأنه المادة الخامسة المذكورة وانما المادة ٧٢ من قانون الملكية العقارية .

والمادة ٧٢ المذكورة تتناول ثلاث صور من التكاليف وتعطى لكل منها حكما مستقلا . ويلاحظ فى هذا الشأن أن الحالة الاولى منها ، وهى الخاصة بتكاليف الجدران الضخمة والسقوف ، تأخذ نفس الحكم العام الذى تعطيه المادة الخامسة من قانون ١٩٦٢/١٢/٢٤ المذكور ، من تحمل جميع الشركاء بها كل بنسبة قيمة الجزء الذى يخصه . أما الحالة الثانية ، وهى الخاصة بتكاليف أرضية كل طابق ، فنتناول حالة لا تتعلق بالاجزاء المشتركة وانما تتعلق بالاجزاء المملوكة لكل شريك ملكية مفرزة . ولذلك فالحكم الذى تأخذه فى قانون الملكية العقارية من تحمل كل شريك بتكاليف أرضية طبقته أو شقته يتفق مع القواعد العامة التى سيرد ذكرها ولا يتعارض مع نص المادة الخامسة من قانون ١٩٦٢/١٢/٢٤ الخاص بتنظيم ملكية الابنية المؤلفة من عدة

طوابق أو شقق لأن هذه المادة تتناول الاجزاء المشتركة وليس الاجزاء الخاصة بكل شريك . وأما الحالة الثالثة ، وهى الخاصة بالدرج المشترك ، فهى وحدها التى تأخذ حكما مختلفا عن حكم المادة الخامسة من القانون المذكور . ذلك أن المادة ٧٥ من قانون الملكية العقارية تجعل على صاحب الطابق الاول كلفة الدرج المؤدى الى ذلك الطابق ، وعلى صاحب الطابق الثانى كلفة الدرج الذى يؤدى اليه ابتداء من الطابق الاول وهلم جرا ، بينما يؤدى تطبيق المادة الخامسة من قانون ١٩٦٢/١٢/٢٤ سالف الذكر الى اشتراك جميع ملاك العقار فى نفقات اصلاح أو حفظ أو ادارة الدرج كل بنسبة ما يملك فى هذا العقار بصرف النظر عن الموضع من هذا الدرج الذى يستوجب هذه النفقات وما اذا كان ذلك المؤدى مباشرة الى طابق أو شقة هذا المالك أو ذاك .

على هذا النحو يتضح أنه ليس هناك من فرق فى شأن تكاليف الحفاظ والصيانة والادارة بين العقارات المقيدة فى السجل والعقارات غير المقيدة فيه اللهم الا فيما يتعلق بالتكاليف التى تخص الدرج وحده دون تكاليف الاجزاء المشتركة الاخرى .

أما الاجزاء الخاصة فتخضع لنظام الملكية المفترزة بحيث يكون للمالك وحده عليها كافة سلطات الملكية من استعمال واستثمار وتصرف ، ويتحمل وحده بما تتطلبه من نفقات . ويتقيد المالك بالطبع فى ممارسته لسلطاته بالقيود العامة المختلفة التى ترد على هذه السلطات . ويضيف القانون اللبناني الى ذلك تقييد المالك فى ممارسته لسلطاته على الاجزاء الخاصة ، بما تقرره جمعية الملاك بأغلبية ثلاثة أرباع الاصوات على الاقل من تعديل فى كل ما هو ضرورى لتأليف وتناسق البناء ولو كان متعلقا بطبقته أو شقته كأبواب المداخل والنوافذ والشرفات وسواها (م ٣/٤ من القانون) .

على أنه يراعى في هذا الشأن أن لمسئولية المالك عن مزار الجوار غير المألوفة أهمية خاصة في هذا الصدد بالنظر لطبيعة الجوار الذي يربط الملاك ببعضهم • فلا يجوز للمالك مثلا أن يقوم في طبقته أو شقته بعمل يكون من شأنه اضعاف البناء •

كذلك يراعى أن تصرف الشريك في الجزء الذي يملكه ملكية مفرزة لاجنبى قد يضر بباقى الشركاء • لذلك فقد يتفق الشركاء على أنه لا يجوز للشريك أن يتصرف في طبقته أو شقته الى أجنبى الا بموافقتهم •

ومثل هذا الشرط يعتبر صحيحا نظرا لمشروعية المصلحة التى يرمى الى تحقيقها ، ويأخذ حكم الشرط المانع من التصرف • وبالمثل فان تصرف الشريك في طبقته أو شقته لأشخاص متعددين ، بعد تقسيمها ، قد ينزل من مستوى المبني ، لذلك فقد يتفق الشركاء على منع مثل هذا التصرف • ويذهب الفقه الى اعتبار مثل هذا الشرط الاخير مقرا لحق ارتفاق على كل طبقة أو شقة لمصلحة الطبقات أو الشقق الاخرى (١) •

واذا كانت احدى الطبقات أو الشقق مملوكة على الشيوع لأكثر من مالك وباع أحدهم حقه الشائع فيها بالتراضى لاجنبى عنهم ، فان المشرع اللبناني يعطى للشركاء في هذه الطبقة أو الشقة حق أفضلية في شراء هذا الحق الشائع المبيع يستطيعون بمقتضاه الحلول محل هذا الاجنبى المشتري • وقد نصت على ذلك المادة ١/٦ من أن القانون بقولها « لكل شريك في طابق أو شقة حق الافضلية لشراء الحصة الشائعة التى يراد بيعها بالتراضى من شخص غير شريك » • ويمثل هذا الحق الشفعة وان كان يختلف عنها في

(١) اسماعيل غانم ، بند ١٥١ ، منصور مصطفى منصور ، بند ١٥٣ •

أحكام ممارسته ، وسوف نعرض لهذه الأحكام عند الكلام في مصادر الملكية .
ويلاحظ أن حق الافضلية لا يثبت الا للشركاء في الطبقة أو الشقة المبيعة
دون أصحاب الطوابق أو الشقق الأخرى في البناء لانهم لا يعتبرون
شركاء في الطبقة أو الشقة المبيعة . كذلك يلاحظ أن المشرع اللبناني يستبعد
الشفعة وحق الرجحان أو أى حق آخر مماثل في العقارات المؤلفة من
عدة طوابق أو شقق (م ٩) .

هذا ولا توجد في القانون المصرى أحكام مماثلة لأحكام التشريع اللبناني
في حق الافضلية ، كما أن القانون المصرى لا يستبعد اعمال أحكام الشفعة
بالنسبة للملكية الطوابق أو الشقق ، ولذلك تنطبق هذه الأحكام في هذا
الشان .

ادارة الأجزاء المشتركة :

١٧٤ — تتم ادارة الأجزاء المشتركة طبقا لقواعد الادارة في الملكية
الشائعة العادية على التفصيل السابق بيانه . على أن كلام المشرع اللبناني
والمشرع المصرى قد نصا على هيئة يكونها الشركاء فيما بينهم لادارة
الأجزاء المشتركة سماها الاول جمعية ملاك الطوابق والشقق في البناء
الواحد وسماها الاخر اتحاد ملاك طبقات أو شقق البناء الواحد ، ووضعنا
لهذه الادارة نظاما خاصا لا يطبق الا في حالة تكوين الشركاء لمثل هذه
الجمعية أو الاتحاد .

ويلاحظ أن تكوين الجمعية اجبارى في القانون اللبناني اذا جاوز عدد
الطوابق أو الشقق أربعة (م ١٠) بينما تكوين الاتحاد اختياري في التقنين
المدنى المصرى (م ١/٨٦٢ مدنى) . وقد اعتبر المشرع اللبناني الجمعية
شخصا معنويا (م ١٠) أما المشرع المصرى فلم ينص على اعتبار الاتحاد

شخصاً معنوياً ، ومع ذلك فهو يعتبره شخصاً معنوياً ، اذ يجعل له ذمة خاصة ويجيز له التقاضى باسمه ^(١) . ولكن تكوين الجمعية أو الاتحاد لا يؤدي الى اعتبار أى منها مالكا للبناء ، فتبقى هذه الملكية للشركاء على النحو السابق بيانه .

وقد أوجب المشرع اللبناني على الجمعية أن تضع نظاماً لضمان حسن الانتفاع بالعقار المشترك وإدارته وكيفية أداء الحساب سنوياً الى الاعضاء (م ٧/٢ و م ١١ ، م ١٢) . أما المشرع المصرى فقد ترك وضع مثل هذا النظام لحرية الاتحاد . ويلاحظ أن المشرع المصرى قد اشترط أن يكون وضع النظام بموافقة جميع الشركاء خلافاً لما عليه الحال فى الشيوخ العادى حيث تكفى موافقة أغلبية الشركاء لوضع مثل هذا النظام طبقاً للمادة ٢/٨٢٨ من التقنين المدنى .

ويسرى النظام الذى تضعه الجمعية على خلفاء الشركاء بالرغم من عدم نص المشرع اللبناني على ذلك صراحة ولكن بشرط مراعاة ابرازه مصدقا عليه من الكاتب المعدل للدوائر العقارية وحفظه فى ملف العقار على نحو ما سيرد ذكره . وبالمثل فان النظام الذى يضعه الاتحاد فى مصر يسرى على خلفاء الشركاء ، قياساً على ما تقضى به المادة ٢/٨٢٨ بالنسبة للشيوخ العادى ، خاصة وأن هذا النظام يتم وضعه بالاجماع وليس بالاغلبية كما هو الحال فى الشيوخ العادى .

(١) يلاحظ أن المشرع المصرى ، فى المادة ٨٦٢ من التقنين المدنى ، يجيز تكوين اتحادات لابغرض ادارة البناء المشترك وانما بقصد «بناء العقارات أو مشتراها لتوزيع ملكية اجزائها على اعضائها» . ولم يضع المشرع نظاماً لمثل هذا الاتحاد فتطبق فى شأنه احكام الجمعيات .

ويكون النظام الذى تضعه الجمعية فى لبنان هو المرجع فى شأن الانتفاع بالاجزاء المشتركة وادارتها • كذلك يكون الامر بالنسبة للنظام الذى يضعه الاتحاد فى مصر بمحض اختياره • ولكن اذا لم يضع هذا الاتحاد نظاما للادارة أو أغفل النظام الذى وضعه بعض الامور ، كانت للاتحاد ، طبقا للمادة ٨٦٤ وما بعدها ، سلطة الادارة • وتكون قرارات الاتحاد فى هذا الشأن ملزمة اذا كان جميع ذوى الشأن قد دعوا الى الاجتماع بكتاب موصى عليه وصدر القرار من أغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الانصباء •

• قد مثلت المادة ١٣ من القانون اللبنانى للمسائل التى يتضمنها النظام — بعد العناية بالنص على أن هذه الامثلة لم ترد على سبيل الحصر — بتحديد القسم المشترك ، وتحديد كل طابق أو شقة وتعيين ما له من قيمة بالنسبة لقيمة مجموع الطوابق أو الشقق ، والتعديلات الداخلية التى يجوز لكل مالك اجراءها فى طبقته أو شقته ، والاعمال التى لا يجوز لكل مالك القيام بها • وشروط استعمال القسم المشترك أو بعضه ، وشروط ضمان العقار ضد الحريق وغيره من الاخطار وتحديد الاعباء المشتركة وتوزيعها بين الملاك ، وشروط ادارة العقار من قبل الجمعية وحققها باجراء بعض الاعمال والاضافات للقسم المشترك التى تزيد فى قيمة العقار كله أو بعضه ، وبيان كيفية تعيين مدير الجمعية وعزله وبيان واجباته وحقوقه ، وبيان كيفية انعقاد جلسات الجمعية والحضور فيها والتصويت على أن يكون لكل صاحب طابق أو شقة عدد من الاصوات يوازى قيمة ما يملك ، وكيفية مسك حسابات الادارة وتقديمها الى الاعضاء والتدقيق فيها وتسديدها سنويا ، وطريقة فصل ما قد يقوم من خلافات بين أصحاب الطوابق أو الشقق وبين مدير الجمعية ، وشروط تمثيل الجمعية أمام المحاكم والدوائر وتجاه الغير ، والاصول الواجب اتباعها لتعديل النظام •

ويلاحظ أن القانون اللبناني قد أوجب إبراز النظام الذى تضعه الجمعية للدوائر العقارية مصدقا من الكاتب العدل وكذلك خرائط البناء ، كما أوجب حفظها فى ملف العقار (م ٧/٢) • وبالمثل أوجب المشرع اللبناني إبراز كل تعديل تدخله الجمعية على النظام مصدقا من الكاتب العدل الى الدوائر العقارية وضمه لملف العقار تحت طائلة بطلانها حتى بين أصحاب العلاقة (م ١٣/١٢) •

١٧٥ — وللجمعية أو الاتحاد بالاغلبية العادية القيام بأعمال الادارة المعتادة وغير المعتادة على السواء • ومن أمثلة أعمال الادارة غير المعتادة اجراء تحسينات أو تركيبات جديدة فى العقار مع الزام كافة الملاك بالمساهمة فى نفقاتها ، كتجميل المدخل أو توسيع الباب العمومى أو باب الجراج المشترك ، والاذن بالقيام بهذه الاعمال لاحد الملاك على نفقته اذا لم يرد الاتحاد تحميلها لجميع الملاك وطلب أحدهم القيام بها ، وفرض تأمين مشترك من الاخطار التى تهدد العقار (م ١٣/٦ ، ٧ لبنانى و م ٨٦٥ مصرى) •

أما تجديد البناء عند هلاكه فقد نصت عليه المادة ١٠ من القانون اللبناني بقولها « اذا هلك البناء بحريق أو بسبب آخر على أصحابه أن يلتزموا من حيث اعادة تشييده ما تقرره الجمعية بأغلبية ثلاثة أرباع الاصوات على الاقل • فاذا قررت الجمعية تجديد البناء خصص ما قد يستحق من تعويض بسبب هلاك البناء لاعمال التجديد • واذا رفض أحد الملاكين الاذعان لقرار الجمعية فهو ملزم ببيع حقوقه من باقى الملاكين أو بعضهم بالثمن الذى يقرره قاضى الامور المستعجلة بناء على استدعاء مدير الجمعية » • كذلك نصت المادة ٨٦٨ من التقنين المدنى المصرى على أنه « ١ — اذا هلك البناء بحريق أو بسبب آخر ، فعلى الشركاء أن يلتزموا من حيث تجديده ما يقرره الاتحاد بالاغلبية المنصوص عليها فى المادة ٨٦٤ ما لم يوجد اتفاق يخالف

ذلك • ٢ — فاذا ما قرر الاتحاد البناء خصص ما يستحق من تعويض بسبب هلاك العقار لاعمال التجديد ، دون اخلال بحقوق أصحاب الديون المقيدة » •

ومقتضى ذلك أنه اذا لم يوجد اتفاق على عدم التجديد كان للجمعية أن تقرره بأغلبية ثلاثة أرباع الاصوات وكان للاتحاد أن يقرره بالاغلبية العادية ولو كان تجديد البناء على نحو يختلف عما كان عليه ، وأنه اذا ما استحق عوض عن الهلاك كمبلغ تأمين أو تعويض يلتزم به المتسبب في الهلاك أو تدفعه الدولة ، خصص هذا المبلغ لاعمال التجديد رغما عن ارادة الاقلية المعارضة لاعمال التجديد • وقد حرص النص اللبناني فوق ذلك على تخويل الاغلبية الحق في شراء نصيب الشريك المعارض للتجديد نظير الثمن الذى يحدده قاضى الامور المستعجلة • كذلك حرص النص المصرى على التنبيه الى أن تخصيص مبلغ التعويض المستحق لعملية التجديد لا يخل بحق الدائنين الذين قد تكون ديونهم مضمونة بالعقار الذى استحق عنه التعويض •

وقد نصت المادة ١٦ من القانون اللبناني والمادة ٨٦٩ من التقنين المدنى المصرى على أن كل قرض تمنحه الجمعية أو الاتحاد أحد الشركاء لتمكينه من القيام بالتزاماته يكون مضمونا بامتياز على الجزء المفرز الذى يملكه على حصته الشائعة فى الاجزاء المشتركة من العقار ، وعلى أن مثل هذا الامتياز يجب قيده وتحسب مرتبته من تاريخ هذا القيد • ولكن ليس معنى ذلك أن للجمعية أو الاتحاد أن تقرر بالاغلبية منح هذا القرض اذ أن المشرع اللبناني أو المصرى لم ينص على أن منح القرض يكون بالاغلبية خلافا لما قضى به فى بقية المسائل الاخرى • لذلك يبدو أنه لا يمكن اجبار أحد الملاك على المساهمة فى مثل هذا القرض دون موافقته •

١٧٦ — وقد نصت المادة ٨٦٩ من التقنين المدنى المصرى على أن يكون للاتحاد مأمور يتولى تنفيذ قراراته ويمثله أمام القضاء حتى فى مخاصمة الملاك اذا اقتضى الامر ذلك • وعليه اذا اقتضى الحال أن يقوم من تلقاء نفسه بما يلزم لحفظ الاشياء المشتركة وحراستها ، وله أن يطالب كل ذى شأن بتنفيذ هذه الالتزامات • ويكون تعيين المأمور بنفس الاغلبية العادية السابقة ، فاذا لم تتحقق هذه الاغلبية عين بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار بناء على طلب أحد الشركاء بعد اعلان الملاك وسماع أقوالهم • ويكون للمأمور أجر على القيام بمهمته يحدده القرار أو الامر الصادر بتعيينه (م ١/٨٦٧) • ويجوز عزل المأمور بقرار من الاتحاد بنفس الاغلبية أو بأمر يصدر من المحكمة السابق ذكرها أيضا (م ٢/٨٦٧) •

ولم ينص المشرع اللبنانى على ضرورة تعيين مأمور للجمعية على نحو ما نص عليه المشرع المصرى بالنسبة للاتحاد • غير أنه يفهم من نصوص المواد ٧ و ١٠ و ١٤ من القانون اللبنانى أن الجمعية يكون لها مدير يتولى الاشراف على الادارة اليومية للعقار المشترك وتمثيله أمام القضاء • فقد أوجبت المادة ٧ من القانون المذكور أن يتضمن نظام الجمعية بيان كيفية تعيين مدير الجمعية وعزله • ونصت المادة ١٠ على حق المدير فى تأجير ما قد يضاف الى الاجزاء المشتركة فى العقار بأغلبية الشركاء من مبان كطابق أو شقة ، وقبض بدلاته وصرفها فى سبيل ادارة العقار المشترك لحساب جميع الملاك • ونصت المادة ١٤ على حق المدير فى مطالبة الشريك المتخلف عن الوفاء بالتزاماته قبل الجمعية وفقا لاحكام قانون تحصيل الديون الثابتة بالكتابة •

المطلب الثانى

النظام الاتفاقى للملكية الطبقات (العلو والسفلى) فى القانون المصرى

١٧٧ — اذا كان الاصل كما تقدم أن هيكى البناء ذاته ، بما يشمله من جدران خارجية وأسقف ، يعتبر ملكا مشتركا ، الا أن هذه القاعدة يجوز الاتفاق على خلافها فى مصر فى سندات التمليك • فاذا نص فى هذه السندات على أن الملكية المفروزة للطبقة أو الشقة تشمل الجدران المحيطة بها وسقفها ، اختلف التنظيم القانونى للملكية الطبقات أو الشقق عن النظام العام السابق الاشارة اليه ، فيحكم هذه الملكية قواعد الملكية المفروزة ، ويحدد العلاقة بين الملاك فيما يتعلق بالطبقات أو الشقق ذاتها ما يكون للعلو على السفلى من حق القرار •

وحق القرار ان كان حقا عينيا من حيث انه يرد مباشرة على الشئ ، ويتضمن فرض التزامات على صاحب السفلى لتمكين صاحب العلو من مباشرة حقه ، وأخرى على صاحب العلو لتحديد مضمون حقه ، وهى التزامات عينية يستطيع الملتزم بها أن يتخلص منها اذا هو تخلص عن حقه •

١ — التزامات صاحب السفلى :

١٧٨ — تضع المادة ٨٥٩/١ من القانون المدنى المصرى على صاحب السفلى التزاما بالقيام بالاعمال والترميمات اللازمة فى ملكه لمنع سقوط العلو ، سواء كان ذلك فى الجدران المحيطة بطبقته أو فى سقفها • فاذا امتنع صاحب السفلى عن القيام بذلك كان لصاحب العلو بمقتضى المادة ٨٥٩/٢ من هذا

القانون أن يلجأ الى القضاء العادى الذى يجوز له بمقتضى نفس المادة أن يأمر ببيع السفلى .

ولم ينص المشرع المصرى على حق صاحب العلوى فى أن يطلب الاذن له بالقيام بترميم السفلى على نفقة صاحبه بدلا من بيعه . ولكن ذلك جائز له بمقتضى المادة ٢٠٩ فى القواعد العامة من التقنين المدنى التى تقضى بجواز طلب ترخيص من القضاء فى تنفيذ الالتزام بعمل على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكنا ^(١) . فاذا كان قيام صاحب العلوى بالترميم قد اقتضى تسليم السفلى اليه كان له طبقاً للقواعد العامة فى الحبس أن يمتنع عن رده حتى يستوفى حقه . ويمكن القول فى هذه الحالة بأنه يجوز لصاحب العلوى أن يحصل على اذن من المحكمة فى ايجار السفلى أو سكناه استيفاء لحقه قياسا على حكم المادة ٢/٥٦٠ التى ستأتى الاشارة اليها ^(٢) .

١٧٩ — واذا تهدم السفلى لم يكن من سبيل أمام صاحب العلوى لممارسة حقه سوى اعادة بنائه . لذلك فقد وضعت المادة ١/٨٦٠ من التقنين المدنى التزاما على عاتق صاحب السفلى باعادة بناء سفله .

ومن الواضح أن التزام صاحب السفلى لا يكون الا اذا كان البناء قد انهدم فعلا ، بحيث لا يجوز لصاحب العلوى أن يطلب هدم البناء واعادة بناء السفلى بحجة أنه آيل للسقوط ، وان كان له أن يلجأ الى السلطات الادارية المختصة لتقرير هدم البناء ثم يلجأ الى القضاء لطلب تنفيذ الامر بالهدم ^(٣) .

(١) اسماعيل غانم ، بند ١٦٣ ، منصور مصطفى منصور ، بند ١٠٦ ، السنهورى ، بند ٦١٧ .
(٢) المراجع المشار اليها اعلاه .
(٣) اسماعيل غانم ، بند ١٦٣ ، منصور مصطفى منصور ، بند ١٠٦ ، السنهورى بند ٦١٨ .

وبديهي أن مثل هذا الالتزام لا يقوم كذلك إذا كان انهدام السفلى بخطأ من صاحب العلو . ففى هذه الحالة يلزم صاحب العلو بالتعويض ولا يلزم صاحب السفلى بإعادة بناء سفله ، ولكن إذا قام صاحب السفلى من تلقاء نفسه بإعادة بنائه كان لصاحب العلو أن يعيد بناء علوه إذا كان قد أوفى بالتزامه بالتعويض (١) .

فإذا امتنع صاحب السفلى عن بناء سفله مع وجوب ذلك عليه كان لصاحب العلو أن يحصل على إذن من القضاء بإعادة بنائه على نفقة صاحبه طبقاً للقواعد العامة . ولكن المشرع تيسيراً على صاحب العلو قد خول له فوق ذلك أن يستصدر أمراً ببيع السفلى ، فيكون الثمن من حق صاحب السفلى ويصبح المشتري هو الملتزم بإعادة البناء . على هذا النحو نصت المادة ١/٨٦٠ من التقنين المدنى على أنه يجوز للقاضى « أن يأمر ببيع السفلى إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفلى على نفقة صاحبه » .

فإذا أعاد صاحب العلو بناء السفلى كان له أن يجبره عن صاحبه حتى يوفى إليه ما أنفق ، تطبيقاً للقواعد العامة فى الحبس . وقد نصت المادة ٢/٨٦٠ على ذلك صراحة بقولها « لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفلى من السكنى والانتفاع حتى يؤدي ما فى ذمته » . ولكن المادة ٢/٨٦٠ قد أضافت الى ذلك حكماً آخر يخرج عن القواعد العامة ، تيسيراً على صاحب العلو فى استيفاء ما قام بانفاقه ، فجعلت له « أن يحصل على إذن فى إيجار السفلى أو سكناه استيفاء لحقه » خلافاً للقواعد العامة فى الحبس التى لا تخول للدائن الحابس سوى الامتناع عن تسليم الشئ المحبوس دون استعماله أو استثماره .

(١) السنهاورى ، بند ٦١٨ .

٢ - التزامات صاحب العلو :

١٨٠ - إذا كان مقتضى الحق في القرار أن يرتكز صاحب هذا الحق على السفلى في بنائه ، فقد يكون حق القرار مطلقا بحيث يكون لصاحب العلو - بمقتضى سند الملك - أن يزيد في بنائه فوق السفلى ما شاء ، وقد يكون مقيدا بارتفاع معين لا يتجاوزه . ولكن في جميع الأحوال يتحدد حق صاحب العلو بعدم الأضرار بالسفلى . تطبيقا لذلك نصت المادة ٨٦١ من التقنين المدني على أنه « لا يجوز لصاحب العلو أن يزيد في ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفلى » .

وإذا كان حق صاحب العلو مقيد على هذا النحو بعدم الأضرار بالسفلى فإنه يمكن القول استنادا الى ذلك أنه لا يجوز له أن يثقل سقف السفلى بما يجاوز طاقته ولو لم يتمثل ذلك في البناء فوقه ، كما يلتزم بصيانة سطح أرضية طبقته أو شقته حتى لا يترتب على تلفها الأضرار بالقاعدة المكونة لسقف السفلى .

الفهرست

صفحة

تمهيد	٧
١ — الملكية في النظم الاقتصادية المختلفة	٩
الملكية بين الرأسمالية والاشتراكية	٩
الملكية في النظام اللبناني والمصرى	١٢
٢ — الملكية بين الحق العينى والوظيفة الاجتماعية (الادارة الفنية لصياغة نظام الاموال)	١٥
التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى	١٥
انكار فكرة الحق والرد عليه	١٧
نقد التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى	١٩
الشخص المعنوى محل للملكية	٢٣
هل يمكن ابتداء حقوق جديدة غير التى نص عليها القانون ٢٧	
تقسيم	٢٩
القسم الاول : حق الملكية	٣١
الباب الاول : خصائص الملكية	٣٣
الفصل الاول : خصائص الملكية الخاصة	٣٥
الملكية الخاصة والنظام الرأسمالى	٣٥
الملكية الخاصة والنظام الاشتراكى	٣٧
الفصل الثانى : خصائص الملكية العامة	٤١
الملكية العامة ونظامها القانونى فى الدول الرأسمالية	٤٢
الملكية العامة ونظامها القانونى فى الدول الاشتراكية	٤٦

صفحة

٥٨	الفصل الثالث : خصائص الملكية التعاونية
٦٠	تطبيقات الملكية التعاونية في البلاد الاشتراكية
٦٣	حقيقة الملكية التعاونية
٦٥	الباب الثاني : مضمون الملكية
٦٩	الفصل الاول : سلطات الملكية
٧٠	المبحث الاول : الملكية التامة
٧٧	المبحث الثاني : الملكية الناقصة
٧٩	المطلب الاول : التصرف
٨١	تعريف التصرف وخصائصه
٨٢	محل التصرف
٨٣	مضمون التصرف
٨٤	انتقال التصرف بوفاء المتصرف
٨٥	سقوط التصرف بعدم الاستعمال
٩٠	المطلب الثاني : الانتفاع ومشتقاته
٩٠	تعريف الانتفاع وخصائصه
٩٢	محل الانتفاع
٩٣	مضمون الانتفاع
١٠٠	تقدير الانتفاع
١٠١	الاستعمال والسكنى
١٠٣	المطلب الثالث : الارتفاق
١٠٣	تعريف الارتفاق وخصائصه
١٠٦	الارتفاق والحق الشخصي

صفحة

١٠٩	تحديد مضمون الارتفاق
١١٣	نشأة الارتفاق وزواله
١١٤	المطلب الثالث : المساقاة أو الاجارة العينية أو الحكر
١١٥	خصائص المساقاة أو الاجارة العينية أو الحكر
١١٦	مضمون المساقاة أو الاجارة العينية أو الحكر
١١٨	انتهاء المساقاة أو الاجارة العينية أو الحكر
١١٩	الفصل الثانى : نطاق الملكية
١٢٠	المبحث الاول : نطاق الملكية وحقوق الغير
	المطلب الاول : مسئولية المالك عن الاضرار التى تترتب للغير بسبب
١٢٣	استعماله للملكه
١٢٩	١ — شروط قيام المسئولية عن مضار الجوار
١٣٤	٢ — جزاء المسئولية عن مضار الجوار
١٣٦	المطلب الثانى : حقوق الارتفاق القانونية
١٤١	١ — الارتفاقات القانونية الايجابية
١٤٢	(١) حق المرور القانونى
١٤٢	الانحباس عن الطريق العام مناط الحق فى المرور
١٤٧	نطاق المرور : تعيين الممر وطريقة المرور
١٥٦	مقابل المرور
١٥٧	(ب) حقوق الرى والصرف
١٥٧	١ — حقوق الرى
١٥٨	حق الشرب
١٦٠	حق المجرى
١٦٢	حق اسناد الانشاءات (فى لبنان)
١٦٤	٢ — حقوق الصرف

صفحة

المسيل الطبيعي للمياه من الاراضى العالية الى	
الاراضى الواطئة	١٦٤
المسيل أو الصرف الزراعى	١٦٧
أحكام عامة فى التزامات المنتفعين بحقوق الرى	
والصرف الزراعى	١٧١
٣ — الارتفاقات القانونية السلبية	١٧٢
المناور	١٧٢
المطالات	١٧٣
المبحث الثانى : نطاق الملكية والمصلحة العامة	١٧٧
المطلب الأول : نطاق الملكية والقيود المتعلقة بالمصلحة العامة	١٧٨
المطلب الثانى : نطاق الملكية والثروة القومية	١٨٣
امتداد ملكية الشئ الى ثماره ومنتجاته وملحقاته	١٨٤
امتداد ملكية الأرض الى الأعلو والعمق	١٨٥
انفصال العلو أو العمق عن ملكية الارض	١٨٧
ملكية المناجم والمحاجر	١٨٨
الباب الثالث : أوصاف الملكية	١٩٣
الفصل الأول : أوصاف الملكية بصفة عامة	١٩٥
أوصاف الملكية الواردة على الحق الشخصى	١٩٥
أوصاف الملكية الواردة على الشخص المعنوى	١٩٥
أوصاف الملكية السواردة على الشئ	١٩٦
الشرط	١٩٦
الأجل	١٩٩
تعدد الملاك	٢٠١

صفحة

الفصل الثانى : الشيوخ العادى	٢٠٩
المبحث الأول : احكام الشيوخ	٢١٣
المطلب الاول : الانتفاع بالشيء الشائع	٢١٣
١ — الانتفاع الجماعى	٢١٤
أعمال الانتفاع الصادرة من الشركاء مجتمعين	٢١٤
أعمال الانتفاع الصادرة من أغلبية الشركاء	٢١٧
نفقات المال الشائع وتكاليفه	٢٣١
المطلب الثانى : التصرف فى الشيء الشائع	٢٣٣
١ — التصرف الجماعى	٢٣٤
أعمال التصرف الصادرة من الشركاء مجتمعين	٢٣٤
أعمال التصرف الصادرة من أغلبية الشركاء فى	
القانون المصرى	٢٣٦
٢ — التصرف الفردى	٢٣٩
التصرف فى الحق الشائع	٢٤٠
التصرف فى الشيء الشائع مفرزا	٢٤٥
حكم تصرف أحد الشركاء فى الشيء الشائع أو فى جزء	
مفرز منه فى العلاقة بين طرفيه	٢٤٦
حكم تصرف أحد الشركاء فى الشيء الشائع أو فى جزء	
مفرز منه بالنسبة لبقية الشركاء	٢٥٣
المبحث الثانى : القسمة	٢٥٥
المطلب الأول : طرق القسمة	٢٦١
١ — الاتفاق على القسمة	٢٦٢
٢ — دعوى القسمة	٢٦٨

صفحة

القسمة العينية	٢٧٣
قسمة التصفية	٢٧٦
المطلب الثانى : آثار القسمة	٢٧٩
١ — الافراز	٢٧٩
الافراز عملية ناقلة للملكية فى القانون الرومانى	٢٨٠
اضافة المفعول أو الاثر الرجعى للمفعول أو الاثر الناقل	
فى النظرية التقليدية	٢٨١
الافراز عملية اعلانية أو كاشفة فى الفقه الحديث	٢٨٥
العودة الى اعتبار الافراز عملية ناقلة مع التسليم	
بانتقال الحقوق التى قررها الشريك أثناء الشيوع	
الى ما يختص به بالقسمة	٢٩١
٢ — الضمان فى القسمة	٢٩٥
شروط الضمان	٢٩٧
مفاعيل أو آثار الضمان	٣٠٠
الفصل الثالث : الشيوع الاجبارى	٣٠٢
المبحث الاول : ملكية الحائط الفاصل المشترك	٣٠٨
المبحث الثانى : ملكية الطبقات أو الشقق	٣١٥
المطلب الاول : النظام القانونى لملكية الطبقات أو الشقق فى لبنان ومصر	٣١٧
الاجزاء المشتركة والاشياء الخاصة	٣١٧
حقوق الشركاء وواجباتهم	٣٢١
ادارة الاجزاء المشتركة	٣٢٧
المطلب الثانى : النظام الاتفاقى لملكية الطبقات (العلو والسفل)	
فى القانون المصرى	٣٣٣
١ — التزامات صاحب السفل	٣٣٣
٢ — التزامات صاحب العلو	٣٣٦

مطابع مؤسسة الازهرام

مطابع مؤسسة الاهرام

Bibliotheca Alexandrina



0568644

الناشر : المكتب الشرقى للنشر والتوزيع
ص ب ١٤٨٩ بيروت - لبنان